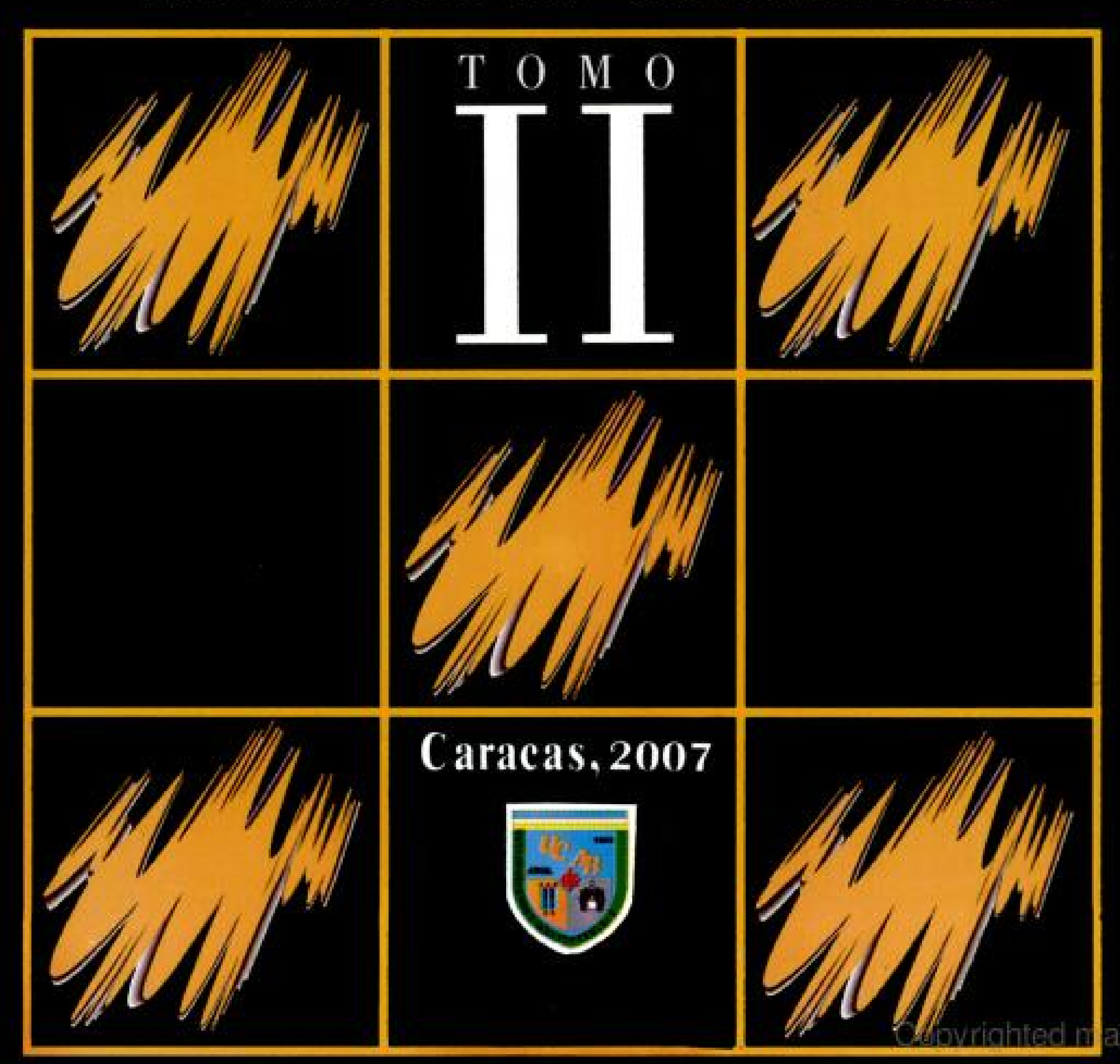
CURSO de INTRODUCCIÓN al DERECHO

Introducción a la Teoría General del Derecho

Luis María Olaso S.J. – Jesús María Casal



Luis María Olaso J.
y Jesús María Casal

Curso de Introducción al Derecho

Introducción a la
Teoría General del Derecho

Tomo II

Nueva edición revisada y ampliada
por
JESÚS MARÍA CASAL
Y ALMA CHACÓN
con la colaboración de
ARTURO PERAZA



Universidad Católica Andrés Bello
2007

K230
O532 Olaso Junyent, Luis María, 1916-1997
Curso de Introducción al Derecho / Luis María Olaso J., Jesús María Casal—4ª ed.— Caracas : Universidad Católica Andrés Bello, 2003.
2v..; 23 cm.
Contenido: v. 1. Introducción filosófica al estudio del Derecho. v.2. Introducción a la Teoría General del Derecho.
Incluye bibliografía

1. DERECHO. 2. DERECHO - FILOSOFÍA. I. Casal, Jesús María. II. Título

Luis María Olaso J. y Jesús María Casal
Curso de Introducción al Derecho. Tomo II

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán, La Vega. Apartado 20.332
Caracas- Venezuela

ISBN 980-244-101-5 (Obra Completa)
ISBN 980-244-103-1 (Volumen 2)

4ta. edición
1ª reimpresión 2004
2ª reimpresión 2005
3ª reimpresión 2007
Diseño y producción: Publicaciones UCAB
Diagramación y paginación: Mery León
Corrección: Ezequiel Ávila, Câline Rincón y Tomás Martínez
Impresión: Editorial Texto, C.A.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

expresión propia del Derecho". Pero comencemos por ubicar a las normas jurídicas en el amplio campo de las leyes, antes de estudiar su formulación y su estructura.

I. LEYES Y NORMAS

1. INTRODUCCIÓN

Como estudiamos en el capítulo dedicado al orden*, las leyes rigen a todos los seres de la naturaleza: astros, planetas, animales y también al hombre. El común denominador de las leyes tan amplias y tan diversas, es que toda ley "implica una manera constante de actuar". Leyes lógicas, físicas, biológicas, morales, todas ellas impulsan a los seres que ellas rigen a actuar "de una manera constante", de acuerdo, claro está, con la naturaleza de cada uno de ellos: a los seres irracionales, con "necesidad deterministica"; al hombre, en su parte racional, con "necesidad moral" compatible con su libertad. El inmenso mundo de las leyes puede ser estudiado desde tres puntos de vista.

2. TRES VISIONES DE LA LEY

A. Visión "objetiva". Las leyes, en este sentido, son "cualidades" que están en los seres y que los impulsan a una manera de actuación siempre uniforme. Por ejemplo, la ley de gravedad impulsa a los astros a un movimiento constante y uniforme. Claro es que uno de los caracteres del orden es el "dinamismo", por lo cual, dicha manera constante de actuación no está reñida con el "progreso". En esta visión o aspecto "objetivo" se basó Montesquieu para dar la célebre definición con que encabeza su libro *Del espíritu de las leyes*. Leyes son –dice– "las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas"[1].

---

* Ibíd., pp. 71 y ss.

1. MONTESQUIEU, Carlos de Secondat; barón de, *Del espíritu de las leyes*. Libro I, cap. I.

III. VIOLABILIDAD DE LAS LEYES: POSIBILIDAD Y LÍMITES

Toda relación "necesaria" resulta inviolable, porque "no puede ser de otra manera". Por eso las leyes, que son "las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas", resultan también inviolables, ya se trate de leyes cosmológicas, lógicas o morales. Sin embargo, se dice que las normas son esencialmente violables porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre que, como es libre, puede violarlas, ¿cómo se explica esta contradicción?

No existe tal contradicción sino en apariencia. Distinguimos dos clases de necesidad: 1) La necesidad interna de la relación, expresada en la ley por la cual, dadas determinadas causas o actos se derivarán determinadas consecuencias o efectos; esta clase de necesidad, "interna" o "intrínseca", es siempre inviolable, incluso en las leyes morales o normas. Así, una persona que realice un acto moralmente bueno, necesariamente se perfeccionará y si lo hace malo necesariamente se degradará. 2) La necesidad externa es una relación entre la ley o norma y sus destinatarios y, por lo tanto, externa a la misma ley. No es una relación entre la ley y sus efectos, sino entre la ley o norma y los seres a quienes va dirigida. Muy bien dice Preciado Hernández que:

> Así sin incurrir en contradicción podemos sostener que las normas son inviolables en cuanto rigen las consecuencias de los actos humanos; y que son inviolables, esencialmente por parte del hombre en cuanto se refieren a la observancia de la conducta prescrita en ellas.[4]

Una persona podrá no cumplir con la obligación que le impone una norma porque su voluntad goza de libertad, pero no podrá nunca cambiar las consecuencias de su acción, es decir, el bien o el mal que se deriva de ella. Es, en el fondo, la misma idea que expresaba San Agustín: "El hombre puede quedar fuera de los beneficios del orden, pero nunca puede quedar afuera del orden".

---

4. *Vid.* PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: Op. cit., p. 76.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

"Desde su nacimiento, ha sido dado a todos, como en germen, un conjunto de cualidades y de aptitudes para hacerlas fructificar"[8].

Como el hombre "conoce" este bien y tiene el deber de "hacerlo fructificar", de ahí que el fundamento del deber radica en la idea del "bien" de autorrealización de la naturaleza humana y, más allá de la inmanencia, en el autor de esta naturaleza. Sin embargo, repetimos, este deber de autorrealizarse, de ir consiguiendo sucesivamente los bienes que le perfeccionan, no le quita al hombre la libertad de tratar de conseguirlos o no. El hombre es libre[9]. Es bueno recordar en este momento la sabia enseñanza que:

> "el crecimiento humano constituye un resumen de nuestros deberes"[10].

y también aquella otra:

> "el hombre (...) no puede encontrar su propia plenitud si no es en la entrega sincera de sí mismo a los demás"[11].

Hasta aquí, nuestra reflexión sobre la norma jurídica ha tenido primordialmente un carácter filosófico: y, con ocasión de ello, hemos insistido en el aspecto moral del Derecho, del que tratamos ampliamente en el Tomo I de este *Curso de Introducción.* ¿Por qué? Porque, sin que falten excepciones, nuestros alumnos, entregados a un aprendizaje memorístico de las normas vigentes, están ausentes, en general, del sentido "crítico", indispensable en los futuros "juristas", que los disponga a realizar el análisis de las leyes en relación con la realidad social a la que deben atender para que las personas humanas regidas por esas normas y, tantas

---

8. PAULO VI. Carta Encíclica: "El Desarrollo de los Pueblos", Nº 15. En Nueve Grandes Mensajes (Edit. B.A.C., Madrid, 1986, 13a.edic.), p. 335.
9. *Vid. Instrucción sobre libertad cristiana y liberación* (Edit. Trípode, Caracas, 1986).
10. PAULO VI, *Op. cit.*, Nº 16. En ibid., p. 336.
11. CONCILIO VATICANO II. *Constitución Pastoral "Gaudium et Spes" sobre Iglesia y Mundo actual.* Nº 24. En Ibid., p. 411.

1. LA NORMA "SI ES A DEBE SER B" ES LA NORMA PRIMARIA. Las doctrinas axiológicas, las iusnaturalistas y todas las que conciben al derecho relacionado necesariamente con los valores, piensan que las normas jurídicas se dirigen a la persona humana como ser dotado de dignidad, conciencia y libertad[15], por lo que, de ordinario, cumplirá las obligaciones que ellas le impongan. Por eso, "si es A debe ser B" es la *norma primaria*. Pero como el hombre, por su libertad, puede violar estas normas cuyo cumplimiento se estima necesario para la vida en sociedad, se establece la *norma secundaria* (que los autores denominan también "sancionadora", "formal", "complementaria", etc.) "si no es B debe ser C", que solamente entrará en acción en caso de incumplimiento de la norma primaria[16].

2. LA NORMA "SI NO ES B DEBE SER C" ES LA NORMA PRIMARIA

A. *Explicación*. La "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen (1881-1976) es, sin duda, la que ha planteado con más precisión y consecuencia esta segunda posición: "El Derecho debe hacer abstracción de todo lo que se refiere al mundo del "ser" y al de los "valores". Estas materias son objeto de estudio de las ciencias de la naturaleza, ciencias sociales o ciencias morales. Esto se expresa con la frase de que tales materias son "metajurídicas"[*]. Por lo tanto, la norma jurídica nunca impone obligaciones: se limita a enlazar determinados "supuestos de hecho" con el "acto coactivo". Por lo tanto, la norma primaria (que es la única norma jurídica) será "si no es B debe ser C" (acto coactivo). Ahora bien, para no caer en el acto coactivo, los sujetos de derecho deberán observar la conducta contraria a la establecida en el Supuesto de Hecho de la norma "primaria". De aquí surge la teoría denominada "norma secundaria", o sea, "si es A debe ser B". Por ejemplo, nuestro Código Penal en el artículo 407 dispone que "el que intencionalmente haya dado muerte a alguna

---

15. *Vid.* NOVOA MONREAL, Eduardo: *Derecho, política y democracia* (Edit. Temis, Bogotá, 1983), pp. 34 y ss.
16. Esta es la opinión de la mayoría de los autores que rechazan la opinión de KELSEN, cuya enumeración se haría demasiado extensa. Puede verse en RECASENS SICHES, Luis: *Panorama Jurídico del siglo XX*, (Edit. Porrúa, México, 1963, 2 Tomos).
* *Vid.* Tomo I, Cap. X, pp. 219 y ss.

En resumen: las normas jurídicas, según las diversas teorías acerca de la naturaleza del Derecho, se expresan en tres clases de juicios: *juicios de valor en modo imperativo absoluto* para las doctrinas que consideran que el Derecho no es independiente de la naturaleza humana o de los valores; *juicios hipotéticos* para la Teoría Pura del Derecho que considera "metajurídicas" las conductas humanas que no están previstas en el supuesto de hecho de la norma sancionadora; finalmente, *juicios disyuntivos* para la teoría de COSSIO que, presciendiendo de toda consideración moral, considera dentro del ámbito del Derecho las conductas jurídicamente lícitas y jurídicamente ilícitas.

4. COMENTARIO

A. *La norma jurídica y su estructura tridimensional.* Como hemos visto anteriormente, en este mismo capítulo, respetando siempre otras opiniones, nuestra concepción de la norma jurídica es valorativa. Al analizarla racionalmente (o al tratar de descubrir su esencia según el moderno método fenomenológico) descubrimos en ella estos elementos:

• Los datos jurídicos que constituyen el problema histórico concreto;

• Una valoración de justicia pronunciada ante dichos datos;

• La construcción de una solución conforme a esa valoración, contrucción que se expresa en palabras y locuciones y que es la norma jurídica. Por eso la norma jurídica es la formulación técnica de un esquema construido de acuerdo a una valoración de justicia dada por el legislador competente a un problema concreto[21].

Vemos pues, en la norma jurídica la "estructura tridimensional del Derecho"[22]. En la norma se expresa un *hecho* de cuya realización depende la aplicación de la consecuencia jurídica; un *enlace lógico* entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; y también *un significado valorativo*

---

21. VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, México, 2ª edic.) p. 313.
22. REALE, Miguel. Op. cit., p. 80

cada norma tiene un solo supuesto de hecho. Los "supuestos jurídicos" son los *datos jurídicos* que constituyen cada supuesto de hecho. Pueden ser uno o varios en cada norma. En el momento de formular una norma no son hechos consumados sino meras hipótesis expresadas en la norma, que pueden darse o no darse, ocurrir o no ocurrir en la realidad. Cuando se realizan son, en sentido amplio, "hechos jurídicos" que "ponen a la norma en movimiento". En el ejemplo del CCV que hemos analizado, el supuesto de hecho contiene estos cuatro "supuestos jurídicos": Daño causado a otro 1), con intención 2), o por negligencia 3), o por imprudencia 4).

A. *Clases de supuestos jurídicos desde el punto de vista de su forma.* El supuesto de hecho de una norma es *simple* cuando consta de un solo dato o supuesto jurídico; es *complejo,* cuando consta de varios. Por ejemplo, según la CRBV, artículo 32-1, "Toda persona nacida en territorio de la República" (supuesto de hecho) "son venezolanos y venezolanas por nacimiento" (consecuencia jurídica): es un supuesto de hecho *simple* porque consta de un solo dato jurídico (nacer en territorio de la República). Pero en la CRBV, art., 32-2, "Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento" (supuesto de hecho) son venezolanos y venezolanas por nacimiento (consecuencia jurídica). Art.. 32-3 Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

Ahora bien, los datos o supuestos jurídicos que constituyen el supuesto de hecho de una norma pueden ser:

- dependientes { simultáneos / sucesivos }

- independientes

Son dependientes aquellos datos cuya presencia o realización es necesaria para que se produzca la consecuencia jurídica; e independientes entre sí aquellos datos cuya presencia no es necesaria para que se produzca

CAPÍTULO II

CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA

I. GENERALIDAD

1. NOCIÓN DE GENERALIDAD

A. DABIN: La norma jurídica es general, es decir, está establecida fuera de toda consideración de individuo particular y de caso individual.

B. RUGGIERO: La generalidad consiste en que dándose los requisitos y supuestos exigidos por la norma, ésta se aplica a todas las relaciones que en ella entran, siendo cuestión indiferente el mayor o menor número de personas o de relaciones que por ella son regidas.

2. PROBLEMA

El problema que discuten los juristas es: "La generalidad, ¿es un elemento esencial de la norma jurídica o no lo es?" Las opiniones se dividen.

tienen que abstraer de las diferentes categorías de casos concretos las notas fundamentales de los mismos para formar "conceptos jurídicos" o "tipos" los cuales van a integrar el supuesto normativo. En vista de que estos tipos están formados por los caracteres generales de grandes grupos de hechos de conducta, cuando cualquier hecho concreto coincida con el tipo legal, engendrará una consecuencia de derecho.

En el Derecho se dan varios grados de abstracción. El primero, el inferior, parte de casos concretos de la vida: Por ejemplo, de la observación de que miles de personas poseen mil cosas diversas (apartamentos, fincas, carros, etc.) "haciendo abstracción" de la diversa naturaleza de las cosas poseídas se llega al "concepto" de "objeto de derecho", de "propiedad", etc. - En un segundo grado, más elevado, partiendo de varios "conceptos" del primer grado y llegando a lo esencial de los mismos, se forma un concepto más abstracto y común de todos ellos, (por ejemplo, se hace una abstracción de dominio, servidumbre, usufructo, hipoteca, etc.), y se llega a un concepto más abstracto y general, vgr. "derecho real"[4].

2. EXTENSIÓN Y COMPRENSIÓN

Son dos conceptos jurídicos que están en razón inversa. La extensión se refiere al número de casos sujetos que están incluidos en el supuesto de hecho de la norma; la comprensión indica el número, mayor o menor, de elementos o notas que comprende dicho supuesto de hecho. Como se puede observar claramente, a mayor comprensión corresponde menos extensión y viceversa. Por ejemplo, la Constitución *vigente* dispone en el artículo 103 que "toda persona tiene derecho a una educación integral"; como se ve un concepto jurídico muy extenso y con muy poca comprensión ("toda persona"); pero la *Ley de Universidades*, que aplica esta norma constitucional a los universitarios, tiene mayor comprensión, pues se aplica sólamente a un sector de los estudiantes del país, pero menor extensión, ya que no se aplica a todos los que estudian, sino solamente a los universitarios.

---

4. Ibid., p. 95.

b) Que el orden jurídico que se pretende imponer sea mejor y fundamentalmente justo.

c) Que no haya otro remedio o solución que la violencia, es decir, que se hayan intentado y agotado todos los demás medios pacíficos, tanto internos como externos (acudir a organizaciones internacionales, como la ONU) para lograr el cambio sin resultado positivo.

d) Que existan probabilidades fundadas de éxito.

e) Que haya proporción entre los daños que se seguirán de la rebelión (los cuales se toleran) y los beneficios que se conseguirán (los cuales se quieren). En este sentido, el orden y la seguridad pública deben ser conservados en lo posible. De lo contrario podría ocurrir, como dice SANTO TOMÁS DE AQUINO, que el pueblo padezca más daños por la revolución que por la tiranía. Así pues, parece preferible la lenta evolución a la revolución, especialmente cuando se trata no de revolución política sino social. Este es el criterio de la moderna doctrina social católica.

> La insurrección revolucionaria –salvo en caso de tiranía evidente y prolongada que atentase gravemente a los derechos fundamentales y dañase peligrosamente el bien común del país– engendra nuevas injusticias, introduce nuevos desequilibrios y provoca nuevas ruinas. No se puede combatir un mal real al precio de un mal mayor[37].

Según esto, siempre queda abierta la posibilidad de una rebelión o revolución plenamente justificada porque:

> El bien común como norma suprema del estado y del gobierno es una categoría moral y también jurídica. En este sentido, explica TOMÁS DE AQUINO que librarse violentamente de un régimen que destruye el bien común no es rebelión, sino que es el tirano mismo el rebelde contra el bien común[38].

---

37. PAULO VI: Carta Encíclica *"El desarrollo de los pueblos"*, nº 31, en Once Grandes Mensajes, *op. cit.*, p. 342
38. *Vid.* CASTÁN, José, *op. cit.*, p. 395; también HOFFNER, Joseph: *op. cit.*, p. 303.

C. El Estado es el que ejerce el poder coactivo; luego, por lo menos, existe un caso en que el Derecho no tiene coacción, es decir, cuando el que viola la norma jurídica es el mismo Estado ¿Quién podrá coaccionarle?

Respuesta: la separación de poderes, justamente busca que esto sea posible; pero aunque esto no existiera, la posibilidad lógica sigue existiendo y se realiza, vgr., como control político o por medio del derecho a la rebelión.

D. El Derecho Internacional no tiene coacción: luego, lo menos, existe un Derecho que no la tiene.

Respuesta: sigue existiendo la posibilidad lógica, aunque en la práctica no se puede muchas veces; pero se practicará más cuando se organice mejor la autoridad mundial.

E. En el derecho privado hay ciertos derechos sin coacción, por ejemplo, no se puede reclamar lo que se perdió en un juego; el caso de las obligaciones naturales.

Respuesta: en el juego no existen verdaderos derechos, sino compromisos de honor, además, lo pagado en juego produce ciertos efectos jurídicos (el deudor no puede reclamar lo pagado en juego).

F. Hay instituciones jurídicas muy complejas, ejemplo, la familia en que muchas relaciones no tienen ni posibilidad lógica de coacción.

Respuesta: hay instituciones complejas que están regidas por un conjunto de normas morales, jurídicas y religiosas: lo que no es puramente jurídico, no tiene posibilidad de coacción.

Después de haber reflexionado sobre las normas jurídicas y sus principales caracteres, pasamos a estudiar la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

a. *Leyes formales:* son los actos emanados de la Asamblea Nacional cuando actúa como cuerpo legislador (art. 202 de la CRBV). No entramos aquí en el estudio de los problemas que presenta el mismo concepto de ley formal, que serán estudiados en su lugar correspondiente.

b. *Actos de gobierno:* son aquéllos que proceden del Poder Ejecutivo y que aplican inmediatamente la Constitución, vgr. El acto por el que el Presidente llama a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.

Mención aparte merecen los Decretos-leyes dictados por el Poder Ejecutivo, previamente facultado por una ley habilitante, que tienen el mismo rango y fuerza que las leyes[43].

c. *Actos parlamentarios sin forma de ley*: Al decir actos "parlamentarios" estamos indicando su fuente, que es el Poder Legislativo. Pero se diferencian de la ley formal en que no siguen el procedimiento señalado en la Constitución para la elaboración de la misma. Por ejemplo, el acto mediante el cual la Asamblea Nacional aprueba su Reglamento Interior y de Debates (num. 19 del art. 187 CRBV).

Este primer plano de legalidad se aplica, a su vez, por las siguientes vías: por la vía judicial (Poder Judicial, que entiende de los casos concretos y cuyos actos son las "sentencias"); por vía administrativa (Poder Ejecutivo en sus funciones de "administración" y cuyos actos generales son los Reglamentos); y los actos de contenido individual como contratos administrativos, nombramientos etc.; también los particulares pueden aplicar las normas superiores por medio de los negocios jurídicos (contratos, testamentos). Sin embargo, como no todos estos actos tienen el mismo significado, encontramos inmediatamente bajo el primer plano de legalidad el segundo plano de legalidad.

C. *Segundo plano de legalidad:* está constituido por las "normas reglamentarias" o reglamentos. Proceden normalmente del Poder Ejecutivo y son de carácter general. Como estudiaremos en su lugar, tienen ordinariamente como finalidad específica el desarrollo en detalle de los

---

43 Véase en el Capítulo VIII, el concepto y tipos de Decretos-leyes.

Un ámbito en el que pudiera pensarse que la Constitución también reconoció la primacía de ciertos tratados internacionales es el de los acuerdos de integración. Al respecto, su artículo 153 dispone:

> La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, es aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. *Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna* (cursivas nuestras).

Nótese que se admite la aplicación preferente de las normas dictadas en el marco de los acuerdos de integración sobre las leyes nacionales (legislación). Sin embargo, ello no implica que se confiera rango constitucional a dichas normas o a los tratados que les sirven de base. Lo que explica la preferencia de tales normas no es el principio de jerarquía sino el de competencia, pues la atribución de competencias a instancias supranacionales, permitida por esa disposición constitucional, supone que son ellas las facultadas para regular las materias correspondientes, en los términos establecidos en los propios tratados de integración.

G. Otras categorías legislativas previstas en la Constitución de 1999.

Otra clase de leyes son las leyes habilitantes, reguladas en el citado artículo 203, en los siguientes términos:

> Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las

acarreaban la privación de libertad, sobre la base de supuestos que no estaban tipificados como delitos o faltas. Ello también estaba en contradicción con el ordinal 2° del artículo 60 de la Constitución derogada, que consagraba el principio de legalidad penal en los siguientes términos: "Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta".

A pesar de estas violaciones de fondo a la Constitución, la Ley de Vagos y Maleantes continuó aplicándose hasta que su nulidad total fue sentenciada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 6 de noviembre de 1997. Esta sentencia marcó

> un hito en la evolución de la jurisprudencia venezolana relativa al contenido de los derechos constitucionales o fundamentales, por cuanto supone, en lo concerniente al derecho a la libertad personal, un franco abandono de criterios inaceptables tradicionalmente plasmados en muchos de nuestros instrumentos legislativos e, incluso, por obligar a una relectura del Texto Constitucional que reduzca a sus justos límites algunas de sus disposiciones[56].

B. *Inconstitucionalidad formal* (de forma)

Ocurriría en el caso (hipotético) de que una ley formal se declarara debidamente sancionada por la Asamblea Nacional después de la primera discusión, en contravención al artículo 207 de la Constitución que exige un mínimo de dos discusiones.

II. ILEGALIDAD

A) Ilegalidad material (de fondo)

La tendría, por ejemplo, una sentencia judicial que condenara a un delincuente a una pena mayor de la prevista, para el delito cometido, en el Código Penal.

---

56 CASAL, Jesús María: Constitución y Justicia Constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna. P. 116. (Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000). El extracto de la sentencia puede ser ubicado en Jurisprudencia RAMÍREZ y GARAY, Tomo CXLII. Año 97. Primer Trimestre. Pp. 764 y ss.

B) *Requisitos de la producción originaria del Derecho*

Estos requisitos tampoco son de carácter ético o valorativo, a excepción del último introducido por RECASENS SICHES a través de su experiencia jurídico-política. Los tres primeros son requisitos de carácter lógico-formal y de eficacia. Son los siguientes:

a) *Juridicidad formal.* Que el nuevo orden jurídico posea

las notas esenciales de *juridicidad formal,* o sea, que establezca mandatos con *forma jurídica* y no mandatos arbitrarios que sólo respondan al capricho de quien está en el poder y tiene la suprema fuerza.

b) *Reconocimiento interno.* Que el nuevo orden jurídico obtenga un *reconocimiento interno,* es decir, una adhesión de la mayoría de la comunidad cuya vida regula. Como indica RECASENS, es preciso que: "...la resultante social de las voluntades esté de acuerdo con el nuevo régimen en virtud de una adhesión a él, o de una simple tolerancia del mismo, pero no por el mero influjo aplastante de la fuerza bruta"[62].

c) *Reconocimiento externo.* Si admitimos la hipótesis de la "primacía del orden jurídico internacional sobre los de cada Estado",[63] las normas jurídicas producto de una revolución o golpe de Estado deben obtener el reconocimiento de la comunidad jurídica internacional.[64] En este caso, según esta hipótesis, en virtud de una norma jurídica positiva (aunque tácita) de Derecho Internacional, la revolución triunfante debe considerarse como una "vía extraordinaria" establecida por el Derecho Internacional para la "reforma extraordinaria de la Constitución", permaneciendo así incólume la unidad jurídica del Estado a través de los sucesos revolucionarios[65].

d) *Humanidad de las nuevas normas.* Las normas del nuevo orden jurídico "originario" han de reconocer la dignidad de las personas humanas

---

62 RECASENS SICHES, Luis: *O. c.*, p. 184.

63 KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, p. 183 (Editora Nacional, México, Segunda edición, 1982).

64 RECASENS SICHES, Luis: *O. c.*, p. 188.

65 PIZANI, Rafael: *O. c.*, p. 75.

Jerarquía Constitucional:

- Constitución: Super-legalidad, "norma de normas" (Poder Constituyente). Art. 7 CRBV
- Tratados internacionales relativos a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Venezuela (art. 23 CRBV)

Normas con jerarquía superior a las leyes:

- Leyes orgánicas que sirvan de marco normativo a otras leyes, respecto de aquellas leyes ordinarias que las desarrollen

Primer plano de legalidad

- Leyes formales:
- Leyes orgánicas (*"numerus clausus")* art. 203 CRBV (Principio de competencia)
- Leyes ordinarias (art. 202 CRBV)
- Leyes habilitantes (art. 203 CRBV)
- Leyes de bases y de desarrollo (art. 165 CRBV)
- Actos parlamentarios sin forma de ley
- Actos de Gobierno
- Decretos-Leyes

Segundo plano de legalidad

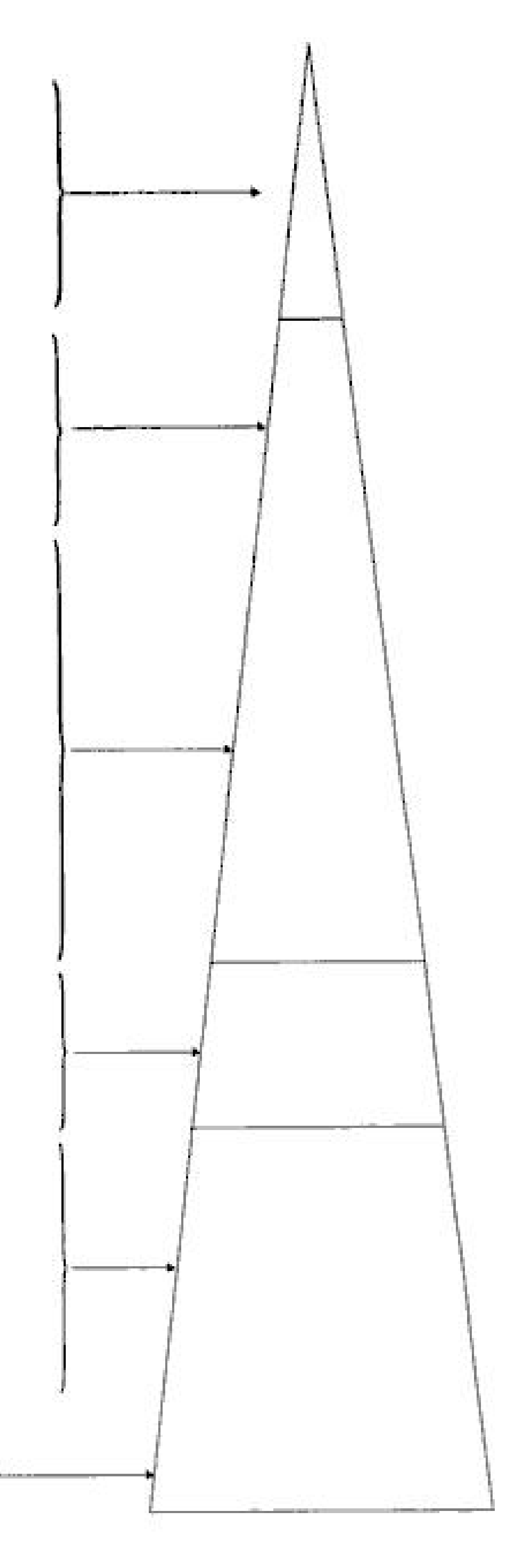
- Reglamentos (Poder Ejecutivo y demás órganos con potestad reglamentaria: actos de carácter general)

Tercer plano de legalidad

- Normas individualizadas
- Sentencias (Poder Judicial)
- Actos administrativos particulares (Poder Ejecutivo)
- Negocios jurídicos (voluntad privada de particulares)

Actos de ejecución

- Espontánea
- Forzosa



En cuanto a las normas llamadas de *Derecho uniforme,* son aquellas que, en virtud de tratados internacionales celebrados entre dos o más países, regulan en ellos determinadas situaciones jurídicas, de manera que se convierten en *normas comunes* a diferentes ordenamientos jurídicos. Lo mismo ocurre con las Declaraciones, Pactos, Protocolos y Convenios publicados por Organismos Internacionales cuando son ratificados por varios países, vgr. la "Convención contra la tortura" aprobada por la Asamblea general de la ONU en 1984, ratificada por Venezuela en 1981 y por 48 países más[59].

2. POR LA FUENTE DE DONDE PROCEDEN

A. *Normas legisladas:* las dictadas por los órganos con potestad legislativa. Comprende no sólo las leyes sancionadas por el Poder Legislativo de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución, sino también las producidas por otros órganos distintos del Poder Legislativo, autorizados por la Constitución para producir normas jurídicas en un momento dado, vgr., decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales, etc.

B. *Normas consuetudinarias:* son las que tienen su fuente en la costumbre, que en un momento dado de su evolución llega a hacerse sentir con tal intensidad en los miembros de la colectividad que éstos consideran necesario comportarse de conformidad con la regla consuetudinaria. En Venezuela no hay producción normativa consuetudinaria, ni siquiera en legislación mercantil, que hace a veces referencia a los *usos y costumbres* de determinado lugar, ya que la vigencia del uso, aun en Derecho Mercantil no depende del uso mismo, sino de su reconocimiento por una norma jurídica. Sin embargo, muchas costumbres son elevadas a categorías de norma jurídicas, pero siempre por un acto legislativo.

C. *Normas jurisprudenciales*: tienen su origen en la actividad de los tribunales, a través de sus sentencias. La producción normativa jurisprudencial no tiene el mismo valor en todos los países. En Venezuela,

---

59. *Vid.* NIKKEN, Pedro: *op. cit.*, pp. 164 y ss.

a) Manda o prohibe una determinada conducta en *grado absoluto*, de manera que los particulares no pueden sustraerse en ningún momento a esos mandatos o prohibiciones: *Normas taxativas.*

b) Manda o prohibe una determinada conducta pero en *grado relativo*, de suerte que son obligatorios sólo cuando no existe una voluntad diversa de las partes: *Normas dispositivas.*

c) Autoriza o faculta a los particulares para que dirijan su conducta en un determinado sentido: *Normas permisivas.*

B. *Normas taxativas* (*ius cogens*):

a) *Definición*: "Son aquellas que mandan o imperan una determinada conducta independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas ni absoluta ni relativamente" (DEL VECCHIO).

b) *Determinación:* Estas normas, que no pueden ni deben en ningún caso ser suplidas por reglas dictadas por los particulares en ejercicio de su libertad contractual, se encuentran diseminadas en el ordenamiento jurídico y su determinación no es tarea fácil. Como regla general puede decirse que son todas las que interesan al orden público y las buenas costumbres (Art. 6º del CCV).

• *Orden público:* "Conjunto de principios y condiciones que en una sociedad determinada y en una época dada se consideran necesarias para la existencia y conservación de la organización social establecida".

• *Buenas costumbres:* conjunto de principios que autorizan para calificar de honesta la conducta de un ciudadano. "Las reglas o principios de moralidad admitidos por el hombre honesto en un país determinado y en un momento dado".

c) *Clases:* El autor LEGAZ y LACAMBRA distingue dentro de las normas taxativas (también llamadas por la doctrina imperativas o de orden público):

• *Normas preceptivas:* aquéllas en las que el mandato está expresado en forma *afirmativa:* hágase A. (vgr., Art. 54 Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).

RUGGIERO, cuando éste constituye un sistema orgánico de normas que regulan toda una materia, bien pueden servir sus normas extensivamente para llenar lagunas halladas en el campo de la misma materia"[67].

Pasamos ahora a estudiar la agrupación de las normas jurídicas en las diversas ramas del Derecho.

---

67. CASTÁN, José *op. cit.*, p. 408.

E. *Actualidad*

En la actualidad *se advierte una reacción* contra estas ideas que olvidan la tendencia irresistible del espíritu humano a buscar la explicación de su destino y las normas que deben guiar su conducta en algo superior a los mandatos del Estado [69].

2. DIVERSIFICACIÓN

Paralelamente al fenómeno de "independización", el Derecho sufre el de "diversificación", o "división del Derecho en ramas".

Los primeros cuerpos legales típicamente jurídicos son generales, es decir, contienen normas de todas las materias del Derecho (Público, Privado, Civil, Penal, etc.). Por ejemplo, en Roma todo el Derecho formaba un solo cuerpo que los romanos llamaban *ius civile*, es decir, derecho del ciudadano (civis) y que comprendía todo el derecho positivo. Solamente dejaban fuera de él las disposiciones no promulgadas que se extendían también a los "peregrinos", esto es, a los no ciudadanos. El desarrollo creciente de la vida y de la legislación fue trayendo, necesariamente, una diversificación progresiva.

En la Edad Media se divide el Derecho en dos grandes ramas: el Derecho Civil y el Derecho Canónico.

En la Edad Moderna se acentúa el proceso de diversificación, que aumenta con vigor inusitado en los tiempos actuales: puede decirse que con cada transformación importante de las circunstancias sociales aparecen nuevas ramas jurídicas; así, han aparecido modernamente como ramas independientes en el derecho, el Derecho Administrativo, y el Derecho Comercial o Mercantil (siglo XIX); el Derecho Marítimo, el del Trabajo y el aeronáutico (siglo XX); y por influencia de los últimos descubrimientos científicos, han comenzado a publicarse trabajos sobre el Derecho Interplanetario.

---

69 LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho* (Edit. ARIEL, Barcelona, 9a. Edición, 1985), pag. 29. RECASENS SICHES, Luis: *Filosofía del Derecho* Edit. PORRUA, México, 1959), pag. 167.

a) La oposición entre Estado y particulares, que todavía perdura en los que defienden la teoría dualista del "interés o la utilidad", como se verá más adelante. En este sentido las instituciones de JUSTINIANO aceptan la definición de ULPIANO, según el cual:

ius publicum est quod ad statum rei romanae espectat, privatum quod ad singulorum utilitaten.

Derecho Público es el que se refiere al Estado romano (es decir, regula las relaciones políticas y los fines que el Estado debe alcanzar); y Derecho Privado el que se refiere a las relaciones de los ciudadanos entre sí. Es de notar que el estado romano, como afirma FERRARA, estaba fuera y por encima del Derecho Privado; cuando entraba en relaciones con los individuos nunca se despojaba de su carácter de legislador y soberano. Sólo en la época imperial comenzose a esbozar la distinción entre el Estado como exclusivamente público, y el fisco, al que se reservaba el aspecto patrimonial de la personalidad de aquél.

b) La frase *ius publicum,* también es usada en las fuentes romanas en un sentido distinto del anterior y más restringido, aludiendo a una parte de las normas reguladoras de las relaciones entre particulares, aquéllas que no pueden ser derogadas o modificadas por acuerdo o convenio de éstos. Asi se decía, *ius publicum privatorum pactis mutari non potest,* que significa: "El Derecho Público no puede cambiarse por pactos o convenios privados".

Estas dos acepciones del *ius publicum* responden al uso doble, ambiguo, que el adjetivo público tuvo en Roma y tiene hoy todavía. Unas veces, "público" es igual a "estatal", y otras veces significa "social" o "común". Por eso, normas de Derecho Público son las que afectan al Estado (primera acepción, que se fija en la materia regulada) o las que interesan a la sociedad o comunidad humana (segunda acepción, que atiende no al objeto de la norma, sino a su inderogabilidad por la libre iniciativa de los particulares).

B. En la *Edad Media*, al olvidarse la doctrina romana, se oscureció la distancia entre Derecho Público y derecho Privado. La organización

de él en la condición de una personalidad jurídica privada. Por lo tanto, "relación de Derecho Público es aquella en la que uno de los sujetos activo o pasivo, o los dos a la vez, son el Estado o una autoridad cualquiera actuando con autoridad; y relación de Derecho Privado es aquella en la cual ambos sujetos son personas desprovistos de carácter oficial". Por ejemplo, si el jefe de una división antimalárica del SAS, llega a un pueblo del interior e *impone* su condición de misión oficial para exigir alojamiento, será un acto de Derecho Público; pero si por el contrario, el jefe se *limita a contratar* con los vecinos el alojamiento de la expedición, tendremos una relación de Derecho Privado.

Por lo tanto, para que una relación jurídica y la norma que la origina sean de Derecho Público, hace falta la concurrencia de estos dos requisitos: que sean sujetos de ella el Estado o alguno de los agregados políticos menores (Municipios, institutos autónomos, y en general las personas complejas de carácter público estudiadas en Derecho Civil) y que dichas personas de Derecho Público actúen como poder político o soberano, que ejerce funciones de gobierno y de imperio.

Nos gusta más esta teoría que las anteriores. Creemos que va más al fondo del problema, más a lo jurídico y lo estudia en su misma esencia: en la relación jurídica y en la condición de los sujetos que aparecen en ella. Tiene, además, la ventaja de su precisión. Tal vez por estas razones goza de mucha aceptación en la doctrina científica.

Según este punto de vista, el Derecho Público comprende todas aquellas normas que regulan la estructura y funcionamiento del Estado (Derecho Constitucional y Administrativo), o la función y tutela que presta el estado al orden jurídico, bien reprimiendo las violaciones más graves (Derecho Penal), bien ordenando las formas o modos de realizar la protección jurídica (Derecho Procesal). Todo lo que resta es Derecho Privado: lo mismo la regulación de las relaciones patrimoniales de las personas (sean éstas entes complejos o individuales), que la tutela de los bienes ideales que a la persona pertenecen (vida, libertad, honor) o la posición familiar de ésta[75].

75 HUBNER GALLO, Jorge Iván: *op. cit.*, pag. 296

2. La distinción que estudiamos afecta no sólo a normas juridicas determinadas, sino a *instituciones*. Los preceptos reguladores de instituciones no son por sí solos ni de Derecho Público ni de Derecho Privado; lo son en cuanto están subordinados al pensamiento cardinal de las instituciones a que se refieren.

3. La teoria más aceptable y la que tiene más arraigo en la doctrina es la *teoría de la relación jurídica* complementada con la de la condición de *los sujetos* de dicha relación. Con todo hacemos notar que, así como el Estado o los funcionarios pueden presentarse como sujetos de la relación jurídica desprovistos de autoridad, así también los simples ciudadanos pueden poseer cierta autoridad en algunos supuestos, vgr., cuando ejercitan el derecho de sufragio en las democracias indirectas o dan su voto en la asamblea de las democracias directas; en estos supuestos pueden originar relaciones jurídicas de Derecho Público.

Y, en definitiva, nos decidimos por las siguientes definiciones:

> *Derecho Público* es el conjunto de normas que regulan la organización y la actividad del Estado y de las demás organizaciones políticas menores, o disciplinan las relaciones entre los ciudadanos y estas organizaciones políticas.
>
> *Derecho Privado* es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, las relaciones entre éstos y el Estado o las demás organizaciones políticas menores, con tal de que éstas no ejerzan en la relación, funciones de poder político o soberano.

En el capítulo VI estudiaremos las características del Derecho Público y del Derecho Privado y las principales subramas del Derecho.

3. *Comentario*. Creemos que las opiniones tienen su parte de verdad y su parte de exageración. *Teóricamente,* el Derecho Público es algo más que un "subedificio" del "Derecho Privado" y la prueba es el avance que modernamente realiza en el terreno del Derecho Privado; y el Derecho Privado no sólo nace del Derecho Público, sino de otras fuentes, como la costumbre y la doctrina. Por eso nos parecen exageradas las dos opiniones extremas.

Prácticamente, en los Estados modernos, ocurre lo que se ha llamado la *"invasión"* del Derecho Privado por el Derecho Público. El Estado moderno realiza muchas funciones que antes estaban reservadas a los particulares, por lo que muchas relaciones regidas antes por el Derecho Privado han pasado a ser materia de Derecho Público. Es un fenómeno que responde al carácter social de nuestro tiempo y a la necesidad de hacer prevalecer, en caso de conflicto, los intereses generales sobre los particulares. Pero todo tiene sus límites: el Derecho Público debe ser "el protector del Derecho Privado y no su amo", porque la excesiva *"invasión"* en el Derecho Público lleva a la hipertrofia y omnipotencia del Estado y al aniquilamiento de la personalidad del individuo. Pero, por otra parte, es imposible que todas las formas de convivencia social acepten el módulo de la *coordinación,* porque entonces sería *imposible la autoridad,* que es un factor necesario de la coexistencia; pero tampoco puede reducirse todo a la *subordinación*, porque ello sería *destruir la libertad,* que es la raíz misma de la existencia.

4. *El Derecho Social*. El fenómeno que hemos indicado de la *invasión* del Derecho Público en el campo del Derecho Privado y el de la *socialización* que estudiamos en el tema de Justicia Social, presentan especial importancia en algunos sectores del Derecho en los que la tutela de los intereses colectivos y la de los particulares aparecen entremezclados o recíprocamente condicionados. De ahí que en nuestros días se defienda, por algunos autores, la existencia de una tercera rama del Derecho, a caballo entre el Derecho Público y Privado, pero distinta de uno y otro: Es el *Derecho Social* que pasaría a constituir un sector del sistema jurídico con características propias[81], que se fundaría en el principio de la

81. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo: *Introducción al estudio del Derecho* (Universidad de Deusto, Bilbao, 1979), p. 107.

solidaridad, y que tiende a incorporar el Derecho Público a ciertos aspectos del Derecho Privado a través de la progresiva intervención del Estado en los asuntos de los particulares. Por ejemplo, en el Derecho de Trabajo, la voluntad privada del trabajador que contrata sus servicios en favor de otra persona (antes regulada por el contrato del "arrendamiento de servicios" en el CCV), se encuentra regulada por normas de Derecho Público que le protegen imponiéndole el Seguro Social obligatorio, impidiéndole renunciar a sus prestaciones sociales, etc.; así también el Derecho de familia, institución de Derecho Privado, protegida por el Estado; las leyes en materia de sindicatos, cooperativas, etc.[82].

Y tampoco es posible desconocer el proceso de compenetración entre Derecho Público y Privado a causa de la influencia que los principios informadores de cada una de ellas está ejerciendo sobre la otra, como ocurre en el fenómeno de la "publicización" o "administrativización" del Derecho Privado, símbolo de la creciente protección de los intereses colectivos en el ámbito de las relaciones entre particulares, sobre todo en las de carácter económico. Esta protección se materializa en fórmulas como la planificación económica, la intervención en el mercado, el control de divisas, la necesidad de licencias y otros requisitos administrativos, los "programas sociales" para la protección de los más débiles, el control estatal de la vivienda, de la moneda, etc.[83].

5. Finalmente, en los últimos años, la corriente *neoliberal* que domina el mundo desde la caída del comunismo en 1989, impulsa a la *privatización* de los bienes de la nación y de las empresas del Estado, en una involución, a nivel mundial, que tiende a privilegiar otra vez al Derecho Privado sobre el Público con las inevitables consecuencias del abuso de los fuertes sobre los débiles, aumento de la pobreza y de la marginalidad y falta de equidad en la distribución de los bienes de la naturaleza, acumulación de la riqueza en pocas manos, etc.[84].

---

82. HUBNER GALLO, Jorge Iván: *op. cit.* p. 295.
83. DE ÁNGEL, Yagüez: *op. cit.* p. 108.
84. SOSA ABASCAL, Arturo: Entrevista en el Diario "El Nacional", Caracas 27 de Noviembre 1.996, Cuerpo D, p. 2.

Lo expuesto aquí nos hace ver la influencia de los factores económicos y sociales en la orientación del Derecho Positivo, y también la necesidad de que los sistemas jurídicos estén bien informados por valores éticos que hagan posible ir avanzando hacia el cumplimiento de los fines del Derecho en un clima de armonía y de Paz Universal.

III. BREVE NOTICIA DE LAS SUBRAMAS DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO

Terminamos esta materia exponiendo la división del Derecho Público y del Derecho Privado en varias "subramas" cuyo estudio da lugar a las llamadas "disciplinas jurídicas especiales".

1. DERECHO PÚBLICO:

Se divide, en primer lugar, en interno y externo. El Derecho Público "interno" permanece dentro del orden jurídico de cada Estado; el "externo" es el que se establece cuando las relaciones jurídicas de carácter público rebasan el ámbito de validez de un determinado sistema jurídico. Tanto el Derecho Público interno como el externo admiten varias subdivisiones.

A. *El Derecho Público interno comprende:*

a) *El Derecho Constitucional,* que es "el conjunto de normas que regulan la estructura fundamental del Estado, las funciones de sus órganos y las relaciones de éstos entre sí y con los particulares". Algunos autores lo llaman también "Derecho político"; otros creen que, en rigor, no puede afirmarse que éste sea una rama del Derecho positivo, sino una disciplina científica que ha adquirido autonomía por razones de orden didáctico y que se refiere al concepto de Estado, formas de gobierno e historia de las ideas políticas[85].

---

85. *Vid.* LA ROCHE, Humberto: *op. cit.*, p. 35.

b) *El Derecho Administrativo:* es "el que tiene por objeto la administración pública", es decir, "la actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos'.

Se hace necesario aquí recordar la división de poderes. Las funciones del Estado, desde un punto de vista "formal", es decir, atendiendo únicamente a sus "fuentes" (prescindiendo del contenido), se distribuyen de acuerdo con la índole de los poderes: la función legislativa pertenece al congreso; la jurisdiccional a los jueces y tribunales, y la "administrativa" a los órganos del Poder Ejecutivo. La actividad de éste es regulada por el Derecho Administrativo[86].

c) *El Derecho Procesal:* es el que se refiere a la aplicación de las normas del Derecho a casos particulares, bien con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, o también para que los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales) declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario ordenen que se haga efectiva.

El Derecho Procesal ofrece diferentes subramas, principalmente la civil y la penal. Tradicionalmente se consideraba al Derecho Procesal Civil como Derecho Privado, porque regulaba la protección en juicio de intereses privados. Pero actualmente se piensa que este Derecho se refiere más que a las relaciones de los litigantes entre sí sobre el punto controvertido, a las relaciones entre ellos y el Estado. En efecto, toda persona, individualmente capaz, puede pedir la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos: es lo que se denomina "derecho de acción". El deber correlativo, impuesto a jueces y tribunales, es el "deber jurisdiccional"; al cumplirlo, realiza el Estado una función principalísima que le está encomendada: la de juzgar o "jurisdiccional". Entre los órganos jurisdiccionales y la persona que hace valer su derecho de acción o de defensa se establece el vínculo de la "relación jurídica procesal". El Derecho Procesal es, precisamente, el conjunto de normas que se refieren

---

86. LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual del Derecho Administrativo* (Ed. Universidad Central de Venezuela, 5a. Edic., 1983), p. 34.

al desenvolvimiento de esta relación jurídica procesal. Por eso se ubica, modernamente, dentro del Derecho Público.

El proceso puede tener una "fase declarativa" y otra "ejecutiva"; la primera esclarece una situación jurídica controvertida e incierta; en la segunda, se hacen valer, por medio de la coacción, aquellos derechos cuya existencia ha sido judicialmente declarada[87].

d) *El Derecho Penal:* "conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que él mismo establece para la prevención de la criminalidad".

"Delitos" son las acciones antisociales prohibidas por la ley. El que las comete, "delincuente", se hace acreedor a determinadas sanciones llamadas "penas". Los delitos y las penas están previamente fijados en la ley, pues es un principio básico del Derecho Penal que: "no hay delito ni pena sin ley preexistente (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo (integridad, etc.) pero atenta siempre, directa o indirectamente, contra los derechos del cuerpo social. Por eso, la aplicación de estas leyes penales no se deja a la iniciativa particular, salvo contadísimas excepciones: aunque la víctima de un delito perdone a su agresor, el poder público debe perseguir al delincuente. Los intereses tutelados por el Derecho Penal son públicos y también lo es la pena impuesta al delincuente.

La pena es "el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". Puede consistir en la restricción o pérdida de la libertad, la propiedad, en algunos países también la vida, etc.

Las medidas de seguridad, son medidas sustitutivas de la pena, cuando el sujeto es inimputable (Código Penal Venezolano y Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente).

---

87. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *op. cit.*, p. 143; SOSA CHACÍN, Jorge: *Derecho Penal*, Volumen Primero (Publicaciones UCAB, 1965), p. 9.

de la calidad de las personas que los ejecutan. La noción de "acto de comercio" es de Derecho positivo y comprende solamente aquellos actos señalados como tales en el Código de Comercio (Art. 2º). Los criterios que determinan tales actos en la enumeración legal parece que son el de "especulación" y el de "intervención de productos o de dinero en circulación"[91].

B. *Derecho Privado externo.* Es el Derecho Internacional Privado, nacido de la diversidad de las legislaciones y que tiene por objeto regular "las relaciones de Derecho Privado que, en razón de sus elementos, ponen en acción, concurrentemente, leyes o jurisdicciones de diversos países".

La nacionalidad o domicilio de las personas, la naturaleza mueble o inmueble de los bienes, la fecha y el lugar de celebración de un contrato o un testamento, etc., son los elementos que ponen en acción las leyes o jurisdicciones de diversos países. Por ejemplo, la venta de mercancías hecha en Colombia por un menor venezolano, la transmisión de la herencia de un ruso fallecido en Brasil cuyos bienes están en Argentina, etc.

De la misma manera que ocurre en el Derecho Público, a cada subdivisión del Derecho Privado interno corresponde otra paralela en Derecho Privado externo (Derecho Civil Internacional, Mercantil Internacional)[92].

IV. OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Una vez conocidas las más importantes, tanto del Derecho Público como del Derecho Privado, conviene señalar la existencia de otras ramas del Derecho, casi todas de creación más o menos reciente y algunas dudosamente referidas al Derecho Público o al Privado por la doctrina y las legislaciones. Muchas de ellas integran la tercera gran rama del Derecho

---

91. HUBNER GALLO, Iván: *op. cit.*, p. 323; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil* (UCAB, Caracas, 1986), p. 52.
92. HUBNER GALLO, Jorge Iván: *op. cit.*, pp. 311, 335 y ss.; GARCÍA MAYNES, Eduardo: *op. cit.*, pp. 152 y ss.

que hemos llamado *el Derecho Social*; sin embargo la doctrina y las legislaciones las incluyen o en el Derecho Público o en el Derecho Privado. Seguimos el criterio dominante en nuestro país.

1. DENTRO DEL DERECHO PÚBLICO

A. *El Derecho del Trabajo*: que también ha sido designado con diversos nombres, como Derecho "Laboral", "Industrial" y también "Social", aunque prevalece el primer nombre. Es considerado como rama del Derecho Público, aunque no todas sus normas sean de esta índole y tiene un marcado carácter de legislación protectora de los trabajadores a los que trata de elevar su nivel de vida. Se define, según el doctor CALDERA, como:

> El conjunto de normas jurídicas que se aplican al trabajo como hecho social, tanto por lo que toca a las relaciones de quienes intervienen en él y con la colectividad en general, como al mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales.

B. *El Derecho Minero:* las minas y los hidrocarburos son propiedad del Estado y se explotan muchas veces por los particulares mediante una concesión o contrato especial. La superficie del terreno donde está la mina puede ser de un propietario particular distinto del concesionario. De aquí que la explotación minera origine relaciones muy especiales entre el Estado, el concesionario y el propietario de la superficie, relaciones que son regidas por el Derecho Minero. Es de enorme importancia en Venezuela por la excepcional riqueza de nuestro subsuelo y constituye una rama del Derecho Público. Se define como: "El conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los particulares y de éstos entre sí, con ocasión del aprovechamiento de las minas".

C. *El Derecho Agrario* o Derecho "Rural", que es considerado como un "estatuto jurídico del campo" y se refiere no sólo a lo estrictamente agrícola, sino también a la ganadería e industria conectadas con la explotación de la tierra. Este Derecho no tiene el mismo carácter en todas

las legislaciones, vgr., en Italia es considerado como Derecho Privado, mientras que en Latinoamérica es de Derecho Público en casi todas las naciones. Es: "El conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas concernientes a la propiedad rústica y explotaciones agrícolas".

D. *El Derecho Aéreo:* la doctrina jurídica no tiene una opinión uniforme sobre esta reciente rama del Derecho. Mientras algunos autores la consideran como una simple adaptación del Derecho Marítimo o del de Comunicaciones (Hotchkiss, Pereterski, etc.), otros piensan que el Derecho Aéreo es un fenómeno jurídico completamente nuevo, sin conexión con el pasado, y que, por lo tanto, exige ser estructurado sobre bases jurídicas también completamente nuevas. Pertenece al Derecho Público y es: "El conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas concernientes a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo como elementos indispensables de tal navegación".

E. *El Derecho Municipal:* según el artículo 168 CRBV, los municipios constituyen en Venezuela la entidad "política primaria y autónoma". De ahí el interés de esta rama del Derecho que se define como: "El conjunto de normas jurídicas que corresponden a la organización y poderes de los municipios, distritos y demás entidades locales".

F. *El Derecho Financiero:* es "el que regula los recursos y gastos del Estado".

Tanto este Derecho como el municipal se consideran como subramas del Derecho Administrativo.

G. *El Derecho Penal Disciplinario y el Derecho Penal Militar,* son ramas especiales del Derecho Penal. La primera va dirigida a los funcionarios públicos "a fin de que observen una conducta adecuada a las obligaciones que su deber profesional les impone; y sanciona sus infracciones por medio de medidas correctivas y disciplinarias". La segunda es "el conjunto de normas jurídicas que organizan la represión de las infracciones militares por medio de penas".

H. Finalmente, el *Derecho Procesal* también tiene sus ramas especiales. Además de las tradicionales, la Civil y la Penal, se encuentran

el Derecho Procesal del Trabajo, el Procedimiento Mercantil, el Militar, el Fiscal, el de Menores, el Procedimiento "contencioso-administrativo", etc.

2. DENTRO DEL DERECHO PRIVADO

Dentro de este concepto se desarrollan notablemente los "derechos intelectuales" y el "derecho de marcas". El primero se refiere al mundo jurídico en el que intervienen las creaciones del espíritu (obras literarias y artísticas) y se manifiesta en cuerpos legales completos, predominantemente de Derecho Privado, pero que contienen también normas de Derecho Administrativo y Penal. El segundo regula jurídicamente las "marcas", es decir, las contraseñas o distintivos mediante los cuales los comerciantes hacen que sean reconocidos sus productos. Las "marcas", una vez que el comerciante ha adquirido la propiedad de las mismas (mediante el procedimiento de inscripción en los Registros correspondientes), gozan en las legislaciones de una protección o garantía especial.

3. DERECHOS EXTRAESTATALES

Indicamos, en primer lugar al *Derecho Canónico,* que es: "El conjunto de normas propuestas o hechas valer por la autoridad de la Iglesia por las cuales se disciplina su misma organización y se regula la actividad de sus fieles en relación a su fin último".

El Derecho Canónico presenta características muy especiales: tiene un origen parcialmente sobrenatural (algunas leyes dadas por su divino fundador o por la Iglesia con autoridad del mismo); tiene un fin extraterreno, no el bien común de la sociedad humana, sino la salvación de las almas, que está en la base de toda acción legislativa y disciplinaria de la Iglesia; finalmente, sus súbditos son también súbditos de otros ordenamientos jurídicos estatales. Por esta especialidad, algunos autores inspirados en criterios estatistas, han negado la juricidad del Derecho Canónico. Pero, no faltan a las normas del Derecho Canónico o "cánones"

los elementos ontológicos imprescindibles de las normas jurídicas (sociabilidad, institucionalidad, bilateralidad y aun coercibilidad) y por lo tanto, no pueden considerarse como simples preceptos religiosos cuyo ámbito es únicamente la conciencia individual. No; la conducta externa de los miembros de la sociedad eclesial donde se presentan también conflictos intersubjetivos de intereses que deben resolverse a base de "auténticas" normas jurídicas, ese es el "objeto material" del Derecho Canónico[93].

También *otros grupos sociales* tienden a producir su propio derecho, vgr., el Derecho Laboral Colectivo de los sindicatos y asociaciones obreras. Esto ha dado lugar a una corriente de opinión que pretende ampliar el número de fuentes formales del Derecho, reconociendo como tales a las normas que no proceden del poder estatal. Volveremos sobre el problema en el tratado de "Fuentes del Derecho".

Concluimos una reflexión: esta exuberancia de ramas que hemos señalado, algunas fijas, otras en formación, nos demuestran que el Derecho no puede ser un conjunto estático de normas anquilosadas. Al contrario. Es algo vivo, palpitante, y por lo tanto, sujeto a cambios, a revisión, diversificación y evolución, como se estudia en Sociología. Las nuevas normas que responden a los avances de la vida social tienden a agruparse en nuevas ramas que aumentan la riqueza y frondosidad del árbol jurídico.

---

93. HUBNER GALLO, Iván: *op. cit.*, p. 328; NAVARRETE, Urbano - URRUTIA, Francisco Javier: *Nuevo Derecho Canónico* (ITER - UCAB, Caracas, 1987).

CAPÍTULO VII

FUENTES DEL DERECHO

I. NOCIONES GENERALES. 1. Sentido vulgar. 2. Complejidad del problema. II. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES PRÓXIMAS DEL DERECHO. 1. Fuentes históricas. 2. Fuentes materiales o reales. 3. Fuentes Formales. III. ORIENTACIONES MODERNAS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO.

El tema de las Fuentes del Derecho es un tema difícil, porque los fenómenos generadores de Derecho no están divididos en categorías lógicas ni naturales. Son productos humanos, y por lo tanto, complejos. Pueden ser analizados desde varios ángulos y en distintos planos de profundidad, por lo que los teóricos del Derecho no llegan a tener una opinión uniforme sobre el catálogo de las fuentes del Derecho.

I. NOCIONES GENERALES

1. SENTIDO VULGAR

La palabra "fuente" tiene un sentido vulgar conocido por todos. Una fuente de agua es el sitio, el lugar "donde brota" el agua. El mismo sentido tiene, aplicado al Derecho: fuente del Derecho es el acto, el órgano, el fenómeno, etc., "donde brota" el Derecho[95]. En este sentido:

> buscar una fuente de agua es buscar el sitio donde brota a la superficie de la tierra una corriente subterránea; buscar la fuente

---

95. DU PASQUIER, Claude: *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía jurídica*, p. 88 (Edit. Librería Internacional del Perú, S.A., Lima, 1950).

> de una norma jurídica es buscar el punto por donde ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la vida del Derecho[96].

Es importante precisar desde ahora, que "fuentes" del Derecho no significa lo mismo que "norma" jurídica. Las normas se encuentran acudiendo a las fuentes. Por esa razón no son verdaderas normas jurídicas las leyes, sino que éstas son fuentes de donde hay que sacar aquéllas. Lo mismo que de las fuentes de agua se extrae este precioso líquido, de una pluralidad de lugares que son designados con la gráfica expresión de fuentes del Derecho, se extraen los preceptos del Derecho o normas jurídicas[97].

2. COMPLEJIDAD DEL PROBLEMA

Como hemos indicado antes, el estudio de las fuentes del Derecho es muy complejo, porque al hacerlo no se puede prescindir de su relación de este estudio con las difíciles cuestiones referentes a la noción, naturaleza, fundamento y fines del Derecho, elementos que entran en el campo de la Filosofía, Sociología y Política. Para algunos autores

> al pensar en las fuentes del Derecho es forzoso referirse a la idea de justicia como el foco, por decirlo así, que ilumina todas las cuestiones que se producen en el campo jurídico; lo mismo que la idea de la belleza es la fuente de todas las manifestaciones artísticas, la verdad de todas las científicas y el bien de todas las éticas[98].

Nosotros creemos que la justicia es uno de los fines del Derecho, y que solamente en un sentido muy impropio puede llamarse fuente del Derecho.

---

96. Ibíd., p. 69.
97. *Vid.* NAWIASKY, Hans: *Teoría general del Derecho*, p. 93 (Edic. RIALP, Madrid, 1962).
98. *Vid.* VILLORO TORANZO, Miguel: *Introducción al estudio del Derecho*, p. 156. (Tercera Edic., Edit. Porrúa, México, 1978).

Otros autores, en una exposición muy compleja señalan hasta siete fuentes del Derecho:

a) fuente de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, la Gaceta Forense, etc.);

b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (naturaleza humana, sentimiento jurídico, la economía, religión, etc.);

c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo);

d) acto concreto creador de Derecho (legislación, costumbre, sentencia, etc.);

e) fundamento de la validez de una norma concreta;

f) forma de manifestación de la norma jurídica (ley, decreto, costumbre, etc.);

g) fundamento y Derecho subjetivo[99].

Ante tal complejidad debemos simplificar lo más posible.

A*) Niveles de estudio*

Comenzaremos estableciendo un orden escalonado de las fuentes del Derecho y señalando lo que es objeto de estudio en la Filosofía jurídica y lo que corresponde a la teoría general del Derecho o ciencia jurídica:

a) Fuentes próximas. Se encuentran dentro del Estado y de la sociedad y son los "modos de manifestación de la voluntad jurídica predominante en el pueblo"[100]. Es el concepto técnico-jurídico que alude a la creación de la norma por una autoridad reconocida por el Derecho

99. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Filosofía del Derecho*, p. 487 (Edit. Bosch, Barcelona, España, Segunda Edición, 1961).

100. DEL VECCHIO-RECASENS: *Filosofía del Derecho,* T. I, p. 249 (Edit. Hispano-Americana, México, 1946).

positivo mediante un procedimiento que le confiere su forma concreta: vgr., la forma de ley, sentencia, etc.

b) *Fuentes intermedias.* Están más allá del Estado y de la sociedad, es decir, en la misma naturaleza humana, esencialmente social, y en el orden universal de las cosas traducido a nuestra conciencia racional en la idea de justicia. El hecho de que en todos los pueblos existe el Derecho como "fenómeno social" demuestra que brota de la misma naturaleza humana que da origen a la sociedad y al Derecho. Como dice acertadamente Del Vecchio:

> Hay una fuente de la fuente de Derecho, y es el espíritu humano y su propia y esencial naturaleza; pues de ningún modo puede prescindirse del concurso de aquellas fuerzas vivas de la conciencia de las que nace realmente el Derecho[101].

Coincide este problema con el del fundamento del Derecho que se estudia en Filosofía del Derecho.

c) *Fuente última.* Finalmente, para la filosofía trascendente, la fuente última del Derecho se encuentra en el Ser Supremo, creador del orden universal y que imprime la noción de lo justo en la conciencia de los hombres.

Toca a la Filosofía del Derecho el estudio de los problemas más profundos en la escala de las fuentes del Derecho (b y c); y a la ciencia del Derecho el de los problemas referentes a las fuentes próximas, es decir, a las fuentes del Derecho positivo objetivo. Pero aún dentro de este límite cabe distinguir cuatro problemas conexos que es preciso tener en cuenta para evitar el "barullo caótico" que encuentra DU PASQUIER en los tratados sobre fuentes del Derecho positivo.

---

101. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Ciencia y Filosofía del Derecho*, p. 533 (Edic. Jurídicas Europa-América, EJEA, 1961).

B*) Problemas sobre las fuentes próximas del Derecho*

Se pueden abordar cuatro problemas distintos:

a) ¿Cuál es la fuente de la cual se deriva la validez jurídica formal de todas las normas de un sistema de Derecho positivo? Se responde que es, siempre y necesariamente, la voluntad del Estado y de la sociedad.

b) ¿Cuáles suelen ser en la realidad social universal las instancias productoras de normas jurídicas? De ordinario encontramos la producción legislativa, la consuetudinaria, la jurisprudencial; en raras ocasiones la producción doctrinal. Hoy día, al ser admitida por parte de la doctrina la existencia de "normas jurídicas individualizadas" serán también fuente de Derecho las sentencias, y los negocios jurídicos o fuente negocial (contratos, testamentos, etc.) que originan relaciones jurídicas concretas, diversas de las que establece la ley, la cual contiene preceptos *in abstracto.*

c) Situados en un "determinado ordenamiento jurídico", es decir, dentro del Derecho de un país, en un determinado momento histórico, se pregunta cuáles son en él las fuentes del Derecho, o sea, las instancias productoras de normas jurídicas. Es claro que habrá que estudiar lo que dicho ordenamiento jurídico dispone sobre este punto. Finalmente,

d) ¿Qué fuente *es mejor* establecer y *qué valor hay* que dar a cada fuente?, vgr., si se ha de dar preferencia a la ley o a la costumbre; si se ha de dar entrada en el Derecho a las normas surgidas espontáneamente en el seno de las corporaciones, etc. Como se ve, éstos son problemas de política estimativa jurídica.

En todo este tratado nos referimos directamente al problema de las fuentes del Derecho en la realidad social, en general (b) con referencia al ordenamiento jurídico venezolano (c) y también a algunos puntos de valoración jurídica (d).

II. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES PRÓXIMAS DEL DERECHO

Son muchas las clasificaciones que se ofrecen de las "fuentes del Derecho". Siempre nos referimos a las "fuentes del Derecho positivo

externamente el Derecho positivo, para luego estudiar en cada modo, los actos que le son propios, los órganos que lo producen y el proceso de su elaboración

Las fuentes "formales" del Derecho, a su vez, se dividen en:

a) *Directas,* cuando encierran en sí las normas jurídicas aplicables (vgr., la ley);

b) *Indirectas,* cuando, sin contener en sí mismas las normas jurídicas, ayudan a interpretarlas, aplicarlas, producirlas, etc. (vgr., la doctrina científica y otras, según los sistemas jurídicos).

No se debe confundir lo que se refiere a la noción de fuente formal con su carácter vinculante. Normalmente se alegan elementos doctrinales en cualquier escrito jurídico, sin que por ello se pretenda que estos tengan la misma condición de obligatoriedad que el de una norma jurídica de rango legal que se invoca.

Fuentes del Derecho
- Históricas (= documentos)
- Materiales o reales (= problemas de la sociedad)
- Formales
  - Directas (contienen normas, vgr. la ley)
  - Indirectas (ayudan a interpretar, producirla etc.)

Esta es la principal clasificación.[104]

---

104. *Vid.* GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, p. 51. (Edit. Porrúa, México, Trigésima primera edición revisada, 1980); también CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español común y foral*, p. 418 (Edit. Reus, Madrid, Duodécima edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, 1982).

III. ORIENTACIONES MODERNAS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

Hay que observar que la doctrina sobre las fuentes del Derecho tiene una significación notablemente relativa e histórica. No es fácil hacer una enumeración de ellas en abstracto, pues la índole de las mismas depende de la constitución político-social de cada pueblo y de cada época.

1) La opinión *tradicional* divide las fuentes formales del Derecho en *directas* (ley, costumbre) e *indirectas* (jurisprudencia, doctrina, principios generales del Derecho, analogía y equidad).

2) Tendencia a *reducir* el número de fuentes del Derecho. Dentro de los sistemas jurídicos modernos de base legislativa, la opinión más general reduce a términos más sencillos la doctrina de las fuentes del Derecho positivo:

a) DEL VECCHIO, por ejemplo, las reduce sustancialmente a dos: la *costumbre y la ley,* ya que la norma hallada por el juez en caso de lagunas (Principios generales del Derecho y analogía) "no se convierte por eso en Derecho Objetivo, pues éste sólo puede establecerlo la voluntad colectiva. Las proposiciones jurídicas obligatorias sólo nacen cuando el contenido de estas decisiones se eleva a Derecho consuetudinario"[105].

b) FERRARA y un buen grupo de autores italianos de Derecho Privado todavía restringen mucho más el cuadro de fuentes del Derecho, al afirmar que *la ley es la única* fuente originaria y directa de las normas. La costumbre no tiene un valor propio, como la ley, sino sólo una eficacia y valor subordinado y dependiente, en cuanto la ley expresamente la reconozca o la dé por supuesta[106].

3) Tendencia a ampliar el número de fuentes del Derecho. Como reacción contra la estrechez espiritual de las escuelas legalistas, muchos autores tienden a dar mayor amplitud a las fuentes del Derecho, entre ellos:

---

105. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Op. cit.*, p. 416.
106. Ibíd., p. 416.

a) STERNBERG, quien establece una forma *cooperativa* en la formación del Derecho en contraposición con la forma imperativa de la ley. Se refiere a la "convención" y cree que son características de nuestra época las *convenciones internacionales* de los Estados y los *pactos colectivos de trabajo*[107].

b) El "pluralismo jurídico", según el cual las normas jurídicas no sólo dimanan del poder del Estado, sino que pueden surgir también de otros organismos; es decir, además del Derecho que establece el Estado puede haber normas jurídicas "no estatales". Así, resultan varios órdenes jurídicos que se limitan recíprocamente en su independencia y que colaboran bajo el mismo pie de igualdad tanto nacional como internacional. Los órganos productores de estas normas son los grupos sociales, políticos, económicos o institucionales que tienen una realidad existencial y un valor que implique relaciones de autoridad y que exige relaciones de justicia entre sus miembros. Enumera entre dichas fuentes los Estatutos autónomos, la práctica de los Tribunales, las prácticas de órganos distintos a los judiciales, las convenciones y actos-reglas, las declaraciones sociales (programas, promesas políticas), los precedentes, etc.[108]. Finalmente,

c) el "irracionalismo jurídico", que mejor debiera llamarse "arracionalismo jurídico" que pretende centrar la aplicación del Derecho no en elementos lógico-normativos sino emocionales e instintivos, vgr. Isay con su "decisionismo" (el Derecho, más que un conjunto de normas, es un conjunto de decisiones intuitivas); Dann con su "jurisprudencia de los sentimientos, aplicada especialmente al Derecho Penal, que otorga validez sólo a lo emocional e intuitivo"[109]; etcétera.

4) Comentario. Hay que dar por admitido que la moderna investigación científica no ha podido llegar a opiniones unánimes o de gran predominio, ni en una visión supranacional ni siquiera dentro de cada país. Son muy variados y contradictorios los pareceres que se emiten

---

107. Ibíd., p. 417.
108. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Op. cit.*, p. 547.
109. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho,* pp. 126-130 (Editorial Reus, Madrid, 1947).

respecto a si tienen el carácter de fuentes del Derecho, con el sentido de fuentes formales, la jurisprudencia, la doctrina científica de los autores, la analogía, la equidad, los principios generales del Derecho, así como ciertas convicciones. Por ejemplo, el autor brasileño Miguel Reale escribe que los procesos de producción de normas jurídicas presuponen siempre una *estructura de poder,* porque afirma que, "la génesis de cualquier regla de derecho ocurre sólo en virtud de la interferencia de un *centro de poder* que, ante un complejo de hechos y valores, opta por la *solución normativa*"[110].

Sin embargo, como tendencia puede observarse un mayor reconocimiento de la importancia de la jurisprudencia y, en consecuencia, de los jueces, en la producción jurídica, acompañado del robustecimiento de los principios generales del Derecho dentro del conjunto de las fuentes.

110. REALE, Miguel: *Introducción al Derecho,* pp. 110-111 (Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1982).

CAPÍTULO VIII

LA LEY

I. NOCIONES GENERALES. 1. Etimología. 2. Acepciones. 3. Definiciones. II. CARACTERES DE LA LEY. 1. Caracteres externos. 2. Caracteres internos. III. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LA LEY. 1. La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. 2. La ley no tiene efecto retroactivo. 3. La renuncia de las leyes en general no surte efecto. 4. La autoridad de la ley. IV. CONSTITUCIÓN Y LEY. 1. Conceptos previos. 2. Problemas. V. LEYES MATERIALES Y LEYES FORMALES. 1. Opiniones. VI. PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY FORMAL. VII. ACTOS NORMATIVOS DEL PODER EJECUTIVO. 1. Decretos-Leyes. VIII. REGLAMENTOS. 1. Definición. 2. Clases de reglamentos. IX. DEROGACIÓN DE LA LEY. 1. Definición. 2. Clases de derogación. X. IMPORTANCIA DE LA LEGISLACIÓN.

Dentro de los sistemas codificadores, la ley constituye la primordial fuente del Derecho. Es enorme la importancia que tiene tanto para la sociedad como para el individuo en particular. Porque "las opresiones serían incalculables y la sociedad caería por sus cimientos, al igual que se derrumbaría el firmamento si fallara la ley de gravitación, desde el momento en que el hombre recobrase una libertad ilimitada o anárquica que desconociera las barreras del orden moral. Por eso, cuando los pueblos poseen una legislación de contextura seria alcanzan las más altas cumbres de la civilidad. Por el contrario, cuando ellos están regidos por una legislación precaria se postran en la barbarie, puesto que ven debilitadas sus energías"[110].

---

110 *Vid.* RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino *Op. cit.*, p. 555.

2. ACEPCIONES

La ley como fuente del Derecho objetivo puede tomarse en tres sentidos:

a) en sentido *amplísimo,* ley es "toda norma jurídica obligatoria". Se incluyen aquí toda clase de normas jurídicas: la Constitución, leyes, reglamentos, convenios, etc., incluso la costumbre no escrita y los "actos de autoridad", vgr., el mandato de una policía, una sentencia, etc. (aunque estos actos equivalen a normas jurídicas individualizadas). Es decir, en este sentido, ley equivale a norma jurídica; no es el sentido que utilizaremos

b) en sentido *amplio,* ley es "toda norma jurídica de origen estatal, forma escrita y en cierto modo solemne".

A la ley tomada en este sentido jurídico amplio se oponen: la costumbre (norma jurídica no estatutaria; y la prescripción autonómica que procede de un poder no estatal), pero caben dentro de ella actos que no proceden del poder legislativo, vgr., la Constitución, reglamentos, etc. y, finalmente,

c) el sentido *restringido,* coincide, según algunos, con la ley formal que estudiaremos más adelante. En este sentido ley es "el mandato de carácter general emanado del órgano del Estado a quien corresponde la función legislativa mediante el proceso establecido en la Constitución".

Por ejemplo: La Ley Orgánica del Trabajo, es ley en sentido restringido; el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, es ley en sentido amplio.

3. DEFINICIONES

Entre las muchas definiciones de ley escogemos las siguientes:

a) Integrales, es decir, que hacen referencia a todos los elementos de la ley, como son las célebres definiciones de Santo Tomás de Aquino y Francisco Suárez:

a- *Lex est ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet legitime promulgatam.* "Ley es la ordenación de la razón al bien común promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad"[112].

b- *Commune praeceptum, iustum et stabile, sufficienter promulgatum.* "Mandato general, justo y permanente, suficientemente promulgado"[113].

La diferencia es: Santo TOMÁS destaca, sobre todo, el aspecto racional y de orden que tiene la ley (dirección "racionalista"), mientras que Francisco SUÁREZ, sin olvidar a aquél, resalta también el aspecto de imposición o mandato del legislador "praeceptum", aproximándose a la dirección "voluntarista" aunque sin caer en sus exageraciones.

b) Formalistas, es decir, que tienen en cuenta solamente los aspectos formales externos de la ley, por ejemplo, la de Rafael Pizani: "Ley es la norma emanada de la autoridad adecuada, que determina de un modo abstracto, general y obligatorio lo que es Derecho"[114].

Es claro que todas estas definiciones se refieren a ley como fuente del Derecho estatuido y por lo tanto escrito. Por lo tanto se refieren a ley en sentido amplio.

II. CARACTERES DE LA LEY

Muchos de los caracteres de la ley coinciden con los caracteres de la norma jurídica. Distinguimos los caracteres en *externos e internos.*

1. CARACTERES EXTERNOS

A) Generalidad y abstracción, es decir, la ley no se dicta para casos particulares ni personas individualmente consideradas, sino que están

---

112 TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theologica* I - II a. 4

113 SUÁREZ, Francisco: *De legibus ac de Deo Legislatore* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967).

114 PIZANI, Rafael: *Op. cit.*, p. 84.

sometidas a ella todos los que se encuentran en el supuesto de hecho o hipótesis de la misma.

B) Permanencia, porque la ley sólo puede extinguirse o cambiarse por los procedimientos establecidos en la Constitución o en las leyes. Si puede cambiar con excesiva facilidad peligra la seguridad jurídica. Pero, por la parte contraria, un apego excesivo a las normas ya establecidas, si la sociedad se muestra en desacuerdo con ellas, sería contraproducente. Por lo tanto, ninguna norma debe durar más de lo que persiste la situación o situaciones para que fueron dictadas; así tenemos, por ejemplo, la cláusula *rebus sic stantibus,* que subordina la validez de los contratos o tratados internacionales a la permanencia de las circunstancias que los originaron[115].

C) Legitimidad formal, es decir, debe ser dictada por el poder social competente, ordinariamente el Poder Legislativo por medio de sus órganos, las cámaras o la Cámara Legislativa; también por el Poder Ejecutivo por medio de los Decretos-Leyes que estudiaremos más adelante. Y, tomándola en sentido amplio, por otros órganos competentes para producir normas jurídicas de carácter general.

2. CARACTERES INTERNOS

Son, más bien, condiciones esenciales para que la ley llene su función rectora y humana. Es problema que pertenece al plano jurídico moral. Están expresados en una frase de las "Etimologías".

"La ley ha de ser honesta, justa, posible, adecuada a la naturaleza y a las costumbres del lugar, conveniente en el tiempo, provechosa y clara (...) y estatuida para utilidad de los ciudadanos y no para beneficio particular".

A) Debe ser *honesta*. Aquí esta palabra significa que la ley no debe estar en pugna con un principio superior perteneciente al Derecho natural ni con una ley de jerarquía superior en el Derecho positivo.

---

115 *Vid.* RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMENTE, Lino: *Op. cit.*, p. 560.

B) Debe ser justa. El que una ley sea justa se entiende en varios sentidos.

a) Justa, es decir, que se ordena al bien común. Por eso no es justa una ley cuando se ordena a conseguir el bien privado de una persona o de un grupo social sin mirar al bien de toda la comunidad. Una ley de esta naturaleza no merece ser obedecida y puede ser resistida por el pueblo en forma pacífica y, existiendo ciertas circunstancias, aun violentamente.

b) Justa, es decir, que guarda la justicia distributiva y la social. No es justa, por ejemplo, una ley de impuesto cuando impone cargas excesivas o repartidas sin proporción a las riquezas de los contribuyentes.

C) La ley debe ser *posible,* es decir, que ordinariamente no debe exigir actos heroicos. Sin embargo, algunas leyes especiales para alguna clase de la sociedad, pueden exigirlos, vgr., el Código de Justicia Militar, para los militares; y en casos de emergencia, extraordinarios, también pueden ser obligados todos los ciudadanos a esa clase de actos, por ejemplo, en caso de ser invadida la nación por ejército extranjero.

D) Debe ser *adecuada a las costumbres del lugar y conveniente en el tiempo*: es la influencia de la sociedad en el Derecho, que aspira a hacer de la ley –en parte– un "producto social".

E) Debe ser *clara*: Problema de técnica jurídica y de interpretación que estudiaremos más adelante.

F) Debe ser *provechosa* (...) y estatuida para utilidad de los ciudadanos y no para beneficio particular; es decir, que esté orientada a la obtención de los fines del Derecho, especialmente al bien común en armonía con la seguridad jurídica y la justicia. Finalmente,

G) *Obligatoriedad*. La ley es obligatoria y coercible. El mandato de la ley impone un deber para obtener el bien común. Precisamente, la dignidad del Derecho consiste en establecer por sí mismo, de acuerdo a la ley natural y a las circunstancias concretas, la materia justa, y no limitarse a sancionar con penas la transgresión de sus normas de conducta. De ahí que exista una obligación moral de obedecer el Derecho. Y también es

a) Las leyes penales en cuanto impongan menor pena (Art. 24 CRBV).

b) Las disposiciones que, por su mismo carácter, implican normalmente un tácito efecto retroactivo:

a') Las normas jurídicas interpretativas, que se consideran vigentes desde la misma fecha de la ley interpretada por ellas;

b') Las disposiciones complementarias o ejecutivas, estimadas como un mero desarrollo de la ley principal;

c') Las normas que condenan situaciones anteriormente constituidas como incompatibles a sus fines morales y sociales, vgr., respecto de leyes tiránicas o de leyes que, contra la equidad, fueron retroactivas.

d') Las normas que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, si sólo pueden conseguir esta uniformidad con efectos retroactivos[117].

3. LA RENUNCIA DE LAS LEYES EN GENERAL NO SURTE EFECTO

Es decir, las leyes son irrenunciables. Así lo expresan el artículo 5 y 6 de nuestro Código Civil. Sin embargo, en la doctrina se ha distinguido entre leyes cuyo fin primero es el bien público (irrenunciables) y leyes cuyo fin primario es el bien privado (renunciables); leyes prohibitivas (irrenunciables) y leyes permisivas (renunciables). A pesar de estas sutilezas se admite por lo general, la imposibilidad de renunciar a la ley, pero sí se admite la renunciabilidad de los *derechos* que concede la ley, a no ser que esta renuncia sea contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero.

---

117 *Vid.* LEGAZ y LACAMBRA, Luis: *Op. cit.*, p. 604.

Privado[119]. En nuestro país esta materia es regulada fundamentalmente a través de la Ley de Derecho Internacional Privado

IV. ACTOS QUE CONSTITUYEN LA NOCIÓN DE LEY EN SENTIDO AMPLIO

Hasta el presente hemos considerado la definición de ley en sentido amplio. Pero esta noción lleva dentro de sí la existencia de diversos actos que la conforman y que reciben distintos nombres según su jerarquía en el ordenamiento jurídico como por el órgano del cual procede. Así tenemos que la noción de ley en sentido amplio puede incluir los siguientes actos: constitución, ley (en sentido restringido), decretos leyes y reglamentos. Todos y cada uno de estos actos son normas jurídicas de carácter general, escritas y promulgadas de manera solemne. Pero sólo se llama ley en sentido restringido al "acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador" (artículo 202 CRBV).

V. CONSTITUCIÓN Y LEY

La diferente jerarquía que ocupan la Constitución y la ley en todo sistema jurídico da origen a un interesante problema que ayuda a comprender la relación existente entre ambas y entre los poderes legislativo y judicial.

1. CONCEPTOS PREVIOS

A) Constitución en sentido *material. Constitución* equivale a "estructura": Un edificio está "constituido", tiene su estructura. También un Estado tiene su estructura que está regulada por el material jurídico fundamental del mismo Estado. Aunque no existe unanimidad entre los autores sobre cuáles deben ser consideradas materias constitucionales, se

---

119 Ibid., pp. 453-454

entiende que "Constitución en sentido material es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización política del Estado, la competencia de los diversos poderes y los derechos concedidos al *status* de las personas".

B) Constitución *formal,* es "el documento dotado de especial solemnidad, garantía y estabilidad que contiene las normas referentes a las estructuras fundamentales del Estado y proclama los derechos ciudadanos". Por ejemplo, nuestra Constitución vigente desde el 30 de diciembre 1999, es una Constitución formal, porque reúne esas condiciones. En ella apreciamos las dos partes: "dogmática", que declara los derechos y deberes ciudadanos (Tit. III, Art. 19-135), y "orgánica", que organiza la estructura de nuestra república (todo lo demás).

C) Constitución *flexible,* es "aquella que se caracteriza por ser posible su modificación mediante el procedimiento legislativo ordinario", por lo cual apenas adquiere alguna superioridad jurídica formal sobre la ley ordinaria. Inglaterra e Italia tienen este tipo de Constitución.

D) Constitución *rígida,* es "aquella que se caracteriza por no ser posible modificarla por el procedimiento legislativo ordinario, sino solamente por formas más solemnes y complicadas", vgr., nuestra Constitución, que establece en el Título IX (Artículos 340-350) varios procedimientos especiales, estos pueden ser la enmienda, la reforma o la Asamblea Nacional Constituyente.

2. PROBLEMAS

A) En cuanto al *Poder Legislativo.* Es claro que en los países de Constitución rígida, los actos del Poder Legislativo nunca pueden contradecir ni modificar la Constitución; en los países de Constitución flexible, por el contrario, las leyes que modifican la Constitución son consideradas válidas por la moderna doctrina, porque se presume que el Poder Legislativo ha querido modificar la Constitución y, por otra parte, está en capacidad de hacerlo, pues la misma Constitución no exige para ello otro procedimiento especialmente rígido, sino el mismo de la ley formal.

B) En cuanto al *Poder Judicial*. En los países de Constitución rígida tiene competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de la ley; en los países de Constitución flexible, por el contrario, no tiene esta facultad.

V. LEYES MATERIALES Y LEYES FORMALES

Otro problema de interés en materia de esta fuente de Derecho es la distinción entre ley formal y ley en sentido material, distinción que se debatió en una reunión de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público celebrada en Munich en 1927. Es un problema que se estudia más ampliamente en Derecho Administrativo y que se concreta por lo general a las normas creadas por el Poder Legislativo. Prescindimos, por lo tanto, de las normas constitucionales y de las que proceden de otros poderes públicos que no sean el Legislativo. ¿Qué diferencia hay entre ley formal y ley en sentido material? Hay varias opiniones:

1. OPINIONES

A) Teoría "unitaria" de la ley. Según esta teoría no hay lugar a dividir las leyes en formales y materiales, porque "Ley es toda norma de Derecho dictada por el poder que representa al pueblo (el Legislativo) y que tiene, por ello, carácter de regla superior".

Por consiguiente, las decisiones que no emanan de ese Poder no son leyes sino, a lo más, en un sentido muy impropio; mientras que las emanadas de él lo son, cualquiera que sea su contenido.

B) Teoría *dualista*. Los que defienden esta teoría distinguen la ley en sentido formal y en sentido material. Para precisar esta distinción es necesario tener en cuenta si el acto del Poder Legislativo tiene o no carácter de generalidad. En atención a este carácter, se dividen todavía las opiniones:

a) Son leyes "materiales" los actos del Poder Legislativo que establecen normas jurídicas de carácter general; y leyes formales, aquellos

actos del mismo poder "que no crean Derecho objetivo y sólo contienen actos concretos de administración o de autoridad", vgr., el acto por el que las Asamblea aprueban un convenio internacional celebrado por el Ejecutivo Nacional, conforme al artículo 154 de la Constitución[120].

b) Otros autores, por el contrario, declaran que es necesaria la existencia de este elemento material –la generalidad del mandato– para determinar el concepto propio de ley como norma jurídica. Según esta opinión, que entre las teorías dualistas parece la más corriente, se puede llegar a la siguiente definición:

Ley formal es el mandato de carácter general emanado del órgano del Estado a quien corresponde la función legislativa mediante el proceso señalado en la Constitución.

Los actos legislativos que contienen aprobaciones o mandatos no generales serían únicamente "actos de autoridad".

Nuestra Constitución vigente, siguiendo la orientación expresada en las anteriores Constituciones, parece que se adhiere a la teoría unitaria de la ley. Dice en su artículo 202: *"Ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador."*

No se hace ninguna distinción entre ley formal y material. De hecho la extinta Corte Suprema de Justicia interpretó que:

> Este precepto constitucional (el artículo 162 de la Constitución de 1961 cuya redacción es similar a la del 202 de la CRBV) no admite ni puede admitir interpretaciones contrarias a su texto, ni menos aún la asignación de otros requisitos o condiciones que, si bien pueden ser atribuibles o procedentes en otras legislaciones donde el concepto de ley obedece a otros criterios doctrinales, en manera alguna son adecuados al que terminantemente se fija en la Constitución venezolana.

---

120 PIZANI, Rafael: *Op. cit.*, p. 83.

b) *No instantáneo* (vigencia diferida), hay un lapso de tiempo (*vacatio legis*) entre su publicación y el momento de entrar en vigor. Este sistema no instantáneo todavía, puede ser: "simultáneo", cuando entra en vigor la ley en un mismo día en todo el territorio del Estado; y "sucesivo", cuando la *vacatio legis* es más o menos largo según la región o Estado de que se trate, porque entra en vigor en distintos plazos. La razón de este sistema sucesivo obedecía antiguamente al factor distancia, pues se consideraba que las provincias más alejadas de la capital tardaban más tiempo en conocer la ley publicada y por eso se les concedía un plazo mayor. Hoy día apenas tiene aplicación este sistema, pero sin embargo existen en nuestros códigos algunas instituciones que lo recuerdan, vgr., "el término de la distancia" del artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, donde se concede un día más por cada 200 km de distancia para computar la expiración de algunos plazos o términos judiciales.

VII. TIPOS DE LEYES

Las leyes pueden recibir distintos nombres según el tipo de cuerpo legislativo que la emita. Así, reciben el nombre de leyes las sancionadas por la Asamblea Nacional (art. 202 CRBV), pero los Consejos Estadales pueden emitir leyes que tienen validez dentro del ámbito territorial del Estado, denominadas leyes estadales, y los Consejos Municipales emiten leyes para el ámbito municipal denominadas ordenanzas.

De igual forma la Constitución habla de leyes orgánicas (art. 203) las cuales sólo pueden regular las materias señaladas en el Texto Constitucional[121]. También alude a las leyes habilitantes, a las cuales haremos referencia en el siguiente apartado, y a las leyes de base y de desarrollo, que son relevantes en la regulación de materias en que concurren las competencias del Poder Nacional y del Poder Estadal (art. 165 CRBV).

---

121 *Vid.* Cap. III, relativo a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico.

b') Decretos-leyes sin habilitación legislativa. El Presidente de la República puede dictar, sin habilitación del Poder Legislativo, decretos-leyes en caso de que declare un estado de excepción y decrete la restricción de las garantías constitucionales (art. 326 num. 7 CRBV), lo cual ocurre en situaciones de emergencia o circunstancias excepcionales. Cabe sostener que también puede dictarlos para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de emergencia comprobada, previa autorización de la Comisión Delegada por el voto de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes (num. 6 art.196 CRBV).

b) *Decretos-leyes de los gobiernos de facto.* Son los que se producen por dichos gobiernos cuando todavía no se ha organizado el Poder Legislativo, vgr., después de una revolución o golpe de Estado que disuelve el órgano legislativo existente; ordinariamente son contrarios o por lo menos suplen a la legislación vigente. La validez de estos decretos-leyes siempre ha sido reconocida, si los gobiernos *de facto* tienen poder para imponer estas normas y son aceptadas por el pueblo.

IX. REGLAMENTOS

1. DEFINICIÓN

La extinta Corte Suprema de Justicia definió los reglamentos, al decir que: "El reglamento es la norma jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública, para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho"[123].

Por su parte Garrido Falla define los reglamentos como: "Toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública y con valor subordinado a la Ley"

Esta potestad reglamentaria se atribuye expresamente en la Constitución al Presidente de la República (num. 10 del art. 236), pero

---

123 Ibid., p. 194.

también el Poder Electoral tiene potestad para reglamentar las leyes electorales (num. 1 del art. 293). La Asamblea Nacional posee reglamentos internos como el Reglamento Interior y de Debates (num. 19 del art. 187) que regulan lo referente a su funcionamiento como cuerpo, al procedimiento para las discusiones y votaciones, así como otros aspectos relativos a la vida de ese órgano; estos reglamentos internos, a diferencia de los anteriores, ostenta el mismo rango que el de las leyes.

2. CLASES DE REGLAMENTOS

Se pueden hacer varias clasificaciones de los Reglamentos en atención a diversos criterios:

A) Por *la fuente* de que proceden pueden ser: *nacionales* (proceden generalmente del Presidente de la República en Consejo de Ministros y rigen en todo el territorio de la República); *estadales,* los dictan los Gobernadores de Estado, como jefes del Ejecutivo estatal y deben respetar el espíritu, propósito y razón de las leyes estatales; finalmente, *a nivel municipal,* los Alcaldes, pueden dictar reglamentos a las ordenanzas dictadas por los Consejos Municipales

B) Por su *destinatario* se clasifican en *internos*, que se dictan para regir a los funcionarios de la Administración Pública; y *externos*, destinados a regular las relaciones entre los particulares y la Administración Pública. Dentro de los Reglamentos internos están también los de los establecimientos públicos corporativos (Universidades, Academias) o establecimientos públicos institucionales (Institutos Autónomos). Por ejemplo, el ordenamiento de las universidades nacionales, como entes autónomos, además de la Ley de Universidades dictada por el Poder Legislativo, corresponde establecerlo a los Consejos Universitarios por medio de sus propios reglamentos internos[124].

Pero la más importante clasificación de los reglamentos es la que hace referencia a su relación con la ley.

---

124 Ibíd., pp. 195-199.

C) Por su *relación con la ley* se dividen en:

a) Reglamentos *ejecutivos*: son "los reglamentos elaborados y sancionados de acuerdo a una ley preexistente para asegurar la ejecución de la misma, desenvolviendo los principios contenidos en dicha ley", vgr., el reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre. Se llaman *espontáneos* cuando los dicta la administración sin que medie ningún requerimiento o invitación del legislador; y *exhortados*, que se dan cuando el texto de la ley contiene una disposición exhortando al Poder Ejecutivo a reglamentarla.

Entre los reglamentos exhortados se encuentran los que son: a') Por *habilitación*: son los que se producen cuando la ley amplía la competencia administrativa reglamentaria del Ejecutivo, autorizándolo para dictar normas que no podría sancionar sin la existencia de esta ley habilitadora, vgr., los reglamentos que puede dictar el Ejecutivo Nacional elevando los aranceles aduaneros porque la Ley Orgánica de Aduanas autoriza expresamente al Ejecutivo para hacerlo así en una materia que, ordinariamente, forma parte de la reserva legal; b') Por *vacatio legis,* son los que se refieren al caso de puesta en vigencia de alguna ley que entra en vigor no en el momento de su publicación sino al dictarse su reglamento, o cuando éste lo establezca.

b) *Autónomos*: son los que no tienen una ley preexistente a la que se refieran. Crean situaciones generales prescindiendo de que exista o no una ley al respecto. No son admisibles este tipo de reglamentos cuando abordan materias que tocan la reserva legal.

X. DEROGACIÓN Y ABROGRACIÓN DE LA LEY

1. DEFINICIÓN DE DEROGACIÓN

Es "la supresión de una ley o reglamento por una nueva norma jurídica, lo que trae como consecuencia que los primeros dejen de ser aplicables".

2. CLASES DE DEROGACIÓN

A) *Interna*: la ley se puede derogar por una causa interna de la misma ley. Esto ocurre cuando la ley se ha dictado para un *tiempo* o para un *caso* determinado; cuando transcurre el tiempo o se resuelve el caso, la ley queda automáticamente derogada.

B) *Externa*: la ley externamente puede ser derogada: a) por *otras leyes* (Art. 7º CCV), y b) por la costumbre jurídica abrogatoria, es decir, cuando hay una ley que prescribe una conducta y surge una costumbre en contra de ella; y también por el *desuso* de la ley, cuando todos han dejado de cumplirla. No obstante, en rigor la costumbre contra la ley y el desuso no son formas de derogación sino de pérdida de vigencia social de la norma como luego veremos.

3. ABROGACIÓN

Se trata de un procedimiento mediante el cual con base en una consulta a la población la mayoría decide dejar sin vigencia una ley. Para ello se convoca a un referendo abrogatorio según lo dispone el artículo 74 de la CRBV.

En el Capítulo XVIII se profundizará acerca de las formas de derogación y otros fenómenos que pueden acarrear la cesación de la vigencia de las normas jurídicas en general.

XI. IMPORTANCIA DE LA LEGISLACIÓN

1) ¿Cómo surge la Ley? Históricamente y también racionalmente la ley surge como una revelación de lo que es Derecho. Por eso, antiguamente, la ley la hacían los sabios más que los gobernantes, y los gobernantes la respetaban y la hacían respetar. Después el poder coercitivo del Estado creyó que a él le tocaba determinar lo que era Derecho y hacer las leyes.

eso se observó en la ley –ya en el campo jurídico– un precepto general que previera todas las posibles situaciones que la realidad pudiera presentar para orientarla en su desarrollo. La consecuencia fue negar todo valor a las otras fuentes del Derecho.

Por último, las ideas motivadoras de la revolución francesa consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fueron el basamento para una concepción del Estado que llevó a la mayor altura el concepto de ley. El liberalismo quería consagrar un ámbito jurídico no susceptible de intervenciones del Estado. Así, los derechos humanos debían consagrarse en leyes para que fueran fácilmente conocidos y oponibles frente al Estado.

En resumen, fueron estas tres realidades: nacimiento del Estado moderno; ideas racionalistas de la Ilustración, y la consagración de los derechos individuales por el liberalismo, las que influyeron determinantemente en el predominio de la ley[125].

4) La codificación. Es importante hacer notar que este predominio de la ley sobre las otras fuentes del Derecho da origen al moderno movimiento de la codificación.

Los llamados "Códigos" en la antigüedad clásica, por ejemplo el del emperador Justiniano (año 534), eran colecciones o compilaciones de leyes de distintas fechas y de diversas materias que se recogían en un solo volumen. El mismo carácter tuvieron las "recopilaciones" de los siglos XVII y XVIII, vgr., la *Recopilación de las Leyes de Indias* de 1680. Los Códigos modernos, por el contrario, abarcan solamente una materia, la sistematizan y procuran legislarla en su integridad: por ejemplo, nuestro Código Penal recoge solamente los delitos, las faltas y las penas.

La filosofía de la Ilustración, que idolizaba a la razón humana[126], y los ideales de la revolución francesa apoyaron el movimiento codificador y fueron apareciendo los Códigos modernos: 1804, el Código Civil; y

---

125 *Vid.* MOUCHET y ZORRAQUIN: *Op. cit.*, p. 210.
126 *Vid.* Tomo I, Cap. X, pp. 211-214.

la nueva era histórica en la que está entrando la humanidad y que se caracteriza por los cambios profundos y acelerados que se producen[128] y que inciden en las regulaciones jurídicas de los Estados.

---

128 *Vid.* Tomo I, Cap. XX, pp. 452-453.

1. SENTIDOS

En un sentido *amplio,* costumbre es cualquier uso o práctica de la vida social, por ejemplo, el convencionalismo de vestir etiqueta en determinadas ocasiones. En sentido *estricto,* es un uso o práctica popular que ha adquirido valor o categoría jurídica: "costumbre es Derecho o fuero", dice el Código de las Siete Partidas; y añade, "que non es escrito". A través de fórmulas variadas aparece siempre la idea de que la costumbre es la forma espontánea y popular de la creación del Derecho, es decir, la norma nacida de los propios hechos de la vida jurídica, especialmente de los usos uniformes de la comunidad.

2. BASES DE LA COSTUMBRE

Toda costumbre, también la social, tiene su base en el individuo. Se ha escrito, y con razón, que el hombre es un "animal de costumbres" y observamos que es verdad. El hombre "se acostumbra" a realizar una serie de actos no sólo en el aspecto individual, sino también en su vida de relación con la comunidad. Pronto se extienden determinadas prácticas y se crea "un uso o costumbre social". ¿Cuáles son estas bases individuales de la costumbre?

A) Base *psicológica.* El hombre, mediante la repetición, adquiere un "hábito" o facilidad que llega a un "automatismo psicológico", o sea, a hacer las cosas mecánicamente. Un segundo elemento forma parte de esta base psicológica: el "espíritu de imitación", tan patente en toda comunidad.

B) Base *racional.* Además del aspecto psicológico hay que tener en cuenta que el hombre, mediante la reflexión, aprende de sus propias experiencias. De aquí que repita una y otra vez aquellas actuaciones que le han resultado útiles o buenas, olvidando las menos exitosas.

En resumen, "hábito, imitación y reflexión" son las bases de la costumbre jurídica en los individuos de la comunidad. Pero, ¿cómo se llega a formar una costumbre jurídica?

3. PROCESO DE FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

A) *La costumbre primitiva.* Como hemos indicado, la vida social del hombre primitivo en los pueblos fue regulada casi en forma exclusiva por las costumbres, que aparecen en la infancia como únicas normas de conducta. En un principio se dan como un hecho puro de poder social irresistible y no como normas; más que conciencia de una obligación, es un "carril forzado" sobre el que camina por inercia, irreflexivamente, el hombre primitivo enmarcado en la colectividad. Más luego, cuando el hombre va tomando conciencia de su vida, hacen su aparición los *usos y costumbres* a través de los cuales reflejan formas de vida con pretensión normativa, "ofreciendo el aspecto de una faz tornasolada en la que se dan diferentes coloraciones, predominando unas u otras según los pueblos y los tiempos"[129]. Como dice, acertadamente, REALE:

> son dos los grandes canales a través de los cuales se origina el Derecho como costumbre. Uno está representado por la fuerza, por el predominio de un jefe; entendiendo aquí por fuerza tanto su acepción moral como su acepción física, porque la supremacía de un individuo puede imponerse en el grupo por el prestigio de su inteligencia, de su sabiduría, de su astucia y, también por la potencia de sus músculos (...) El otro medio de expresión del Derecho consuetudinario primitivo se manifiesta a través de procedimientos religiosos o mágicos (...); el hombre primitivo es un ser dominado por el temor, que necesita defenderse de todos y de todo (...) a causa de su angustia permanente frente a su propia existencia y frente a la naturaleza que lo envuelve y que él no acaba de comprender. Esta posición del hombre primitivo da una coloración mágica a las primeras reglas jurídico sociales[130].

B) *Conversión del uso social en costumbre jurídica.* Existen muchos usos y convencionalismos sociales que no son costumbres jurídicas. ¿En qué momento o mediante qué requisitos se convierten en normas jurídicas? Resumimos la respuesta:

---

129. *Vid.* DEL VECCHIO-RECASENS: *Filosofía del Derecho*, pp. 249-252 (Edit. Uteha).
130. REALE, Miguel: *Op. cit.*, pp. 114-115.

a) Primera etapa. La *costumbre primitiva* indiferenciada se depura y traslada hacia el campo más concreto de los usos sociales.

b) Segunda etapa. Empieza a configurarse la costumbre jurídica en su elemento externo u objetivo, es decir, se crea un hábito social por la repetición continua de una conducta; el hábito adquiere fijeza lo cual le da claridad, precisión y lo distingue de otros hábitos similares. Cualquier espectador puede verlo y precisarlo, pero no todo hábito o uso social interesa al Derecho: algunos (dar limosna, tener educación) difícilmente podrán llegar a ser exigidos coactivamente, otros (actos ilícitos) vulneran los fundamentos y fines de todo Derecho. El uso social que integre el elemento objetivo de la costumbre jurídica debe ser jurídicamente *relevante* y además, como decían las Partidas, "con razón derecho e non contra la ley de Dios ni contra derecho natural".

c) Tercera etapa. En un momento posterior y en virtud de que un uso colectivo se va repitiendo y acatando en un medio social determinado, surge en la comunidad el "sentimiento de su obligatoriedad" con la convicción de que su cumplimiento puede ser exigido en forma coactiva por los órganos del Estado: es el *elemento interno o subjetivo* de la costumbre jurídica.

4. DEFINICIONES

A) Es *clásica* la definición de Ulpiano:

Costumbre es "el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso". (*Tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*)[131].

Esta definición atiende por igual al elemento externo (expresado por las palabras "largo uso") y al interno ("consentimiento tácito").

---

131. ULPIANO. *Vid.* ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly: *Anotaciones y comentarios al Derecho romano I,* Tomo I, p. 72 (Editorial Jurídica Venezolana, Cuarta edición, 1983).

De los autores modernos hay quienes prefieren seguir el camino de las definiciones analíticas que ponen de relieve los elementos de la costumbre y, hay quienes, para evitar las discusiones que suelen plantearse en torno al valor de dichos elementos, prefieren las definiciones sintéticas. Traemos una muestra de cada orientación:

B) *Analítica*

Costumbre es la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica[132].

C) *Sintética*

Costumbre es la norma creada e impuesta por el uso social[133].

Una vez definida la costumbre jurídica y precisado su concepto, pasamos al estudio de sus elementos.

II. ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

En parte, han quedado indicados al exponer el proceso de formación de la costumbre. Son los siguientes:

1. ELEMENTO EXTERNO U OBJETIVO

A) *Concepto.* Consiste en el hecho extrínseco de reiterar una misma manera de actuar en el seno de una colectividad frente a un determinado estímulo de la vida social. Por ejemplo, es práctica generalizada que los patronos cancelen a las trabajadoras embarazadas el salario de los meses del permiso pre- y postnatal, bajo el compromiso de reembolso cuando pague el seguro social. Este elemento externo no sólo existe en la costumbre jurídica sino también en los demás usos sociales. Requiere sin embargo en la costumbre ciertas condiciones.

132. *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, p. 452.
133. Ibíd., p. 453.

como fuente de Derecho. Como es natural, se han formulado las más diversas opiniones que representan la oscilación existente, en un campo de más amplios horizontes, principalmente entre las corrientes filosóficas voluntarista, historicista y racionalista.

2. TEORÍAS

A) Teorias *legalistas*. Bajo diversas fórmulas antiguas y modernas ("lo que place al Príncipe tiene fuerza de ley", "identidad entre Derecho y Estado", "sólo el Derecho crea el Derecho", etc.) esta teoria proclama que la costumbre obliga jurídicamente sólo "cuando" y "porque" es reconocida y autorizada por el Estado. A su vez, este reconocimiento o autorización puede hacerse de dos maneras: mediante la aprobación de la costumbre en cada cosa concreto (teoría "de la concesión") o, menos rígidamente, otorgando *a priori* un reconocimiento general a aquellas costumbres que cumplan determinados requisitos establecidos expresamente en la ley escrita (teoria "normativa"). Un ejemplo de la primera sería el uso o costumbre de cortar los árboles en el caso expresamente reconocido en el artículo 593 del Código Civil Venezolano; de la segunda, cualquier costumbre mercantil que surja en Venezuela conforme a las condiciones establecidas en el artículo 9º del Código de Comercio.

Explica esta teoría que los actos humanos realizados por costumbre son imprecisos, empíricos, "espontáneamente irracionales", por lo que nada hay en ellos que los haga coercibles. La razón por la que un mero hábito social se transforma en norma jurídica hay que buscarla fuera de las fuerzas generadoras de la costumbre; esa razón no puede ser otra, dicen, que el reconocimiento por los poderes constituidos.

Nos parece que esta teoria exagera peligrosamente la función de los poderes públicos y desconoce el valor de la comunidad. Como muy bien dice un autor,

> si en determinadas situaciones históricas puede ser aplicable esta teoría por el peligro de que determinados grupos disolventes quieran

convicción jurídica"; el elemento externo –la repetición de actos– es sólo un medio de conocimiento, una forma de revelarse el Derecho consuetudinario existente y preexistente en espíritu del pueblo, pero no uno de sus elementos esenciales.

Creemos que la teoría de la Escuela Histórica basada en tendencias míticas más que en una verdadera observación de los hechos sociales, aparte de la imprecisión y nebulosidad que encierra, tiene el inconveniente de no advertir que las meras convicciones u opiniones son extrañas al concepto de Derecho y no basta de por si para convertir en Derecho lo que no lo sea[137].

c) Criterio *dualista.* Esta teoría, siguiendo la orientación romano-canónica que exigía en la costumbre jurídica un *corpus* y un *animus,* pone la esencia del Derecho consuetudinario en la unión de los dos elementos externo e interno que se relacionan entre sí como "expresión externa" y "principio informante" (WINDSCHEID, GIERKE, RUGGIERO, MOUCHET, GENY, etc.). Como hemos explicado anteriormente, en el proceso de integración de ambos elementos puede haber una primera etapa en que prevalece el hecho material o externo; pero esta repetición, actuando como factor del elemento subjetivo, lo hace surgir como sentimiento de obligatoriedad al reafirmarse el hecho social. En una segunda etapa, el elemento subjetivo revierte sobre el objetivo en forma de convicción colectiva, imponiendo como adecuadas al bien común esas formas de vida que le dieron origen. En consecuencia, ambos elementos se integran como factor y producto en función alternativa, según la etapa que se considere en el proceso de integración.

C) Teoría *histórico-comparativa.* Partiendo de que, históricamente, en nuestra civilización occidental nunca ha germinado el Derecho consuetudinario de la pura conciencia popular sin intervención de los Tribunales o de los científicos del Derecho, esta teoría dice que es necesario atribuir a la doctrina y sobre todo a la jurisprudencia una importancia decisiva en la formación de la costumbre. Por lo tanto, "sólo aquellos

---

137. *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, p. 455.

usos sociales reconocidos por los científicos del Derecho o por los Tribunales como costumbre jurídica tiene valor como fuente de Derecho"[138].

D) Una orientación *moderna* (BESELER, REICHEL, VALETTE), reaccionando contra la hegemonía de la ley, tiende a dar mayor valor a la sociedad. En el límite de esta dirección se expresa, que "debe excluirse del ámbito de la costumbre toda actuación de los órganos del mismo Estado (legislación, jurisprudencia, etc.) por grande que sea su fuerza vinculante"[139].

E) Teoría de la *voluntad social predominante*. Es la teoría más profunda y aceptable: ninguna de las anteriores va al fondo del problema. La costumbre no puede tener un fundamento jurídico distinto del que tienen las otras fuentes del Derecho, porque todas ellas son modos de manifestación de la voluntad social predominante. "La diferencia entre ley y costumbre radica solamente en que aquélla dimana *mediatamente* de la colectividad a través de los órganos del Estado, mientras que ésta procede *inmediatamente* de la voluntad social predominante en la comunidad".

Consecuencia de ello, es que, en principio, la autoridad de ambas fuentes necesariamente es la misma. En conclusión:

> Si las razones de validez del Derecho consuetudinario se confunden con las del Derecho general, habrá que tener por incompletas y unilaterales todas las teorías que pretenden atribuir un fundamento especial a la costumbre. Sólo la consideración filosófica del Derecho podrá encontrar las razones últimas de la obligatoriedad del Derecho consuetudinario en la sociedad, en la naturaleza humana y en las profundas razones objetivas de todo Derecho[140].

---

138. Ibíd., pp. 459-460.
139. Ibíd., p. 461.
140. Ibíd., p. 455.

3. COMENTARIO

Vemos, por lo que precede, que abundan los estudios doctrinales sobre la costumbre y que se hace difícil su configuración jurídica, porque las fuerzas sociales que se mueven en torno a ella tratan muchas veces de aprovecharse de su valor para ir en contra del poder constituido. No hay duda de que la dirección voluntarista del positivismo jurídico, al considerar a la ley como única fuente de Derecho incurre en la exageración; no se da cuenta de que siempre es necesario el acatamiento de la comunidad, y de que ni siquiera el poderoso Estado moderno puede ignorar el Derecho que brota del sentimiento jurídico de los súbditos. La prueba de esto nos la da el Derecho nacido por vía originaria, es decir, en caso de revolución o golpe de Estado cuando no se crean las normas derivativamente por los cauces legales sino que se imponen por un hecho de fuerza. Este Derecho así impuesto podrá ser coaccionado por la fuerza pero, ¿hasta cuándo? Mientras no gane la voluntad de los súbditos no llegará a reunir los dos requisitos (voluntad jurídica por parte de los poderes y vigencia efectiva por parte de la comunidad) que lo perfeccionará como verdadero Derecho. Como dice un autor, este Derecho originario

> no logrará vigencia y efectividad mientras los súbditos no estén dispuestos a acatarlo. En cualquier caso, para que nazca el verdadero Derecho, es necesaria la coincidencia de la voluntad de los gobernantes con la del grupo social determinado. La costumbre jurídica da preponderancia a esta última; la legislación la concede a la voluntad de los gobernantes[141].

IV. LEY Y COSTUMBRE

Ley y costumbre son las principales fuentes del Derecho. Por ello, se hace necesaria una mayor reflexión sobre las mismas. La reflexión recaerá sobre estos puntos: diferencias, ventajas e inconvenientes de ambas fuentes y su relación mutua.

---

141. VILLORO TORANZO, Miguel: *Op. cit.*, p. 167.

1. DIFERENCIAS

A) Por su *origen.* La ley nace directamente de la voluntad de los gobernantes; la costumbre, en cambio, de la voluntad de los gobernados. Por eso es la forma más directamente democrática, ya que no es impuesta autárquicamente en su nacimiento, sino que brota espontáneamente de las profundidades de la vida social.

B) Por su *forma.* Los romanos distinguían el ius *scriptum y* el *ius moribus constitutum;* en efecto, la ley es escrita mientras que la costumbre no está fijada en ningún cuerpo legal.

C) Por su *carácter.* La ley es una fuente "orgánica", o sea, que está encomendada a diversos órganos del Estado; y también está "institucionalizada", es decir, reglamentada en cuanto a su nacimiento y derogación; la costumbre, por el contrario, aparece en forma anónima sin un órgano responsable de su creación y también puede morir como nació, cuando las condiciones sociales dejen de impulsarla.

D) Por su *contenido.* La ley atiende expresamente a las facultades y límites de la autoridad estatal respecto de los súbditos, mientras que la costumbre expresa más bien relaciones de los súbditos entre sí.

Esas diferencias tienen su razón de ser en el papel que desempeñan la legislación y la costumbre en las *diversas fases de desarrollo* de la organización política del grupo. Mientras la sociedad es pequeña y poco evolucionada, la mentalidad ética y religiosa de sus componentes es relativamente homogénea y con facilidad coincide en las valoraciones jurídicas; entonces brota la costumbre, espontánea como la única conducta aceptable del grupo. Pero cuando en el país aumentan sus habitantes y las relaciones socioeconómicas se amplían a escala nacional e internacional, desaparece la uniformidad de las convicciones ético-religiosas, se acentúan las diferencias de intereses y mentalidades y se fragmenta la voluntad colectiva del grupo social. Entonces aparece la necesidad del Estado moderno, con un aumento de poder, con la misión de unificar las costumbres locales y suprimir los usos privilegiados cuando se oponen al bien común. Cuanto más compleja sea la sociedad y más heterogéneos

E) Además de las *contradicciones* que pueden surgir entre las costumbres de diversos sectores sociales, la evolución consuetudinaria es muchas veces demasiado *lenta* para el ritmo social de nuestros días. Finalmente,

F) Por ser obra colectiva difícilmente puede conocer con competencia los *problemas técnicos* de nuestra sociedad moderna que inciden en la normatividad jurídica.

2. POR SUS RELACIONES CON LA LEY

En consecuencia la doctrina distingue tres clases de costumbres jurídicas: "conforme a la ley" (*secundum legem*), "al margen de la ley" (*praeter legem*) y "contra la ley" (*contra legem*).

A) La costumbre *según la ley* es la que coincide con lo prescrito en la norma legal. Se da en dos formas: a) Cuando la misma ley incorpora en su texto a la costumbre, en cuyo caso ésta resulta de la aplicación pura o simple de aquélla (costumbre *confirmatoria*), y b) Cuando la costumbre desarrolla principios contenidos en la ley, interpretándola en una u otra forma dentro de ciertos límites (costumbre *interpretativa*). Esta costumbre, en ninguno de los dos casos presenta problemática especial, puesto que no constituye norma de conducta nueva sino reflejo de la misma ley en quienes la experimentan y la aplican. Es la situación ideal, pues significa que el legislador está en contacto con la vida jurídica de su pueblo y garantiza la máxima vigencia y efectividad a las leyes.

B) La costumbre *al margen de la ley* es aquella que, ni incorporada ni contradicha por la legislación, surge en presencia de situaciones no contempladas por leyes preexistentes. Constituye el tipo ideal de formación jurídica consuetudinaria. Superada la ambición de querer regularlo todo y preverlo todo, fue preciso aceptar que los Códigos más perfectos, apenas terminados, resultan incompletos porque las leyes, una vez redactadas, continúan estándolo en los términos en que lo fueron, mientras que los hombres jamás descansan; actúan siempre, y ese procedimiento, cuyos

> este derecho consuetudinario –el "contra la ley"– sólo debe ser reconocido cuando no lesione los principios generales del ordenamiento jurídico y tenga, además, un perfil jurídico preciso, pleno e indiscutible (ENNECCERUS)[144].

En resumen: no se puede negar que la costumbre *contra legem* tiene su utilidad y su justificación, pues representa "ese poder invisible por el cual sin sacudida y sin conmoción los pueblos se hacen justicia de las malas leyes" (Portalis). No olvidemos que "al atribuir a las leyes la perennidad, salvo abrogación que resulte una ley más reciente, se llega a resultados inesperados y bastante ridículos" (Josserand), vgr., el que pudieran ser penalmente sancionados los fumadores en Francia porque una ordenanza de 1634, nunca derogada, así lo establece. Añadiríamos que también se pudiera llegar a resultados trágicos o lamentables, como el insoluble conflicto que hubiera ocurrido en Venezuela entre la Iglesia y el Estado, si el Poder Público hubiera querido hacer efectivas algunas normas de Ley de Patronato Eclesiástico (1824) antes de su derogación por el convenio de 1965 entre el Estado venezolano y la Santa Sede. "El gobierno se hubiera situado en la desgraciada alternativa de dejar burlado un precepto legal o emprender una persecución religiosa".

V. PRUEBA DE LA COSTUMBRE

1. EL PROBLEMA

El juez, en todo litigio, debe ejercitar una actividad dirigida a esclarecer y determinar tanto la cuestión de hecho como la de derecho en el caso planteado, ya que sobre ambas cuestiones debe establecer premisas que servirán de soporte a la sentencia. Son tres los elementos que requieren su atención y actividad: hechos materiales, actos jurídicos y normas. Ahora bien, para determinar el Derecho, es decir, la norma aplicable al caso, el juez no necesita el concurso de las partes en litigio: él está en la obligación de conocer el Derecho, él debe interpretarlo y aplicarlo. En consecuencia, el Derecho no es objeto de prueba.

---

144 Ibid., p. 560.

El objeto de prueba son los hechos y los actos jurídicos controvertidos. Ahora bien: ¿qué hacer con la costumbre jurídica? ¿Se presume su conocimiento por el juez, o bien, éste *debe* (o, por lo menos, *puede*) *exigir su prueba* a la parte que invoque a su favor una norma consuetudinaria? Todo dependerá de que la costumbre sea considerada como un hecho o como Derecho.

2. SOLUCIONES

A) Los autores que consideren a la costumbre como un simple hecho social, creen que es imposible exigir a los jueces y tribunales un conocimiento de la misma como el que deben poseer del Derecho escrito. En consecuencia, aquella parte que en un juicio alegue a su favor una costumbre jurídica, *deberá probarla*.

B) Al contrario, la Escuela Histórica y las doctrinas que atribuyen a la costumbre el carácter de fuente de Derecho con el mismo rango de la ley, *no exigen prueba alguna;* el juez deberá conocerla y aplicarla en beneficio de la parte a quien favorece.

C. Un criterio *intermedio* pretende conciliar los dos extremos mencionados:

> Aunque la costumbre se basa sobre un hecho (repetición de actos sociales) no puede dar lugar a equivocaciones (...). Poco puede equipararse a la ley, porque ésta se concreta en un solo acto que se hace notorio por la publicación. En cambio, la costumbre es un uso lentamente formado y la norma que surge de ella no es tan clara que no pueda dar lugar a equivocaciones (...).
> En consecuencia, el Derecho consuetudinario puede ser aplicado por el juez aunque su existencia no haya sido probada, cuando él personalmente tenga conocimiento de la costumbre o ésta haya sido reconocida en otras sentencias anteriores; pero también puede el juez exigir su prueba o servirse de los medios que las partes espontáneamente le ofrezcan a este respecto siempre que lo considere necesario (COVIELLO)[145].

---

145. *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, pp. 487-488.

repercusión en la legislación y en la vida práctica de los pueblos europeos, a excepción de los del sistema anglosajón*.

D) *Renacimiento del Derecho consuetudinario.* ¿Es verdad que a pesar de la creciente intervención del Estado manifestada a través de la ley, se puede hablar simultáneamente de un renacimiento del Derecho consuetudinario? Así lo creen algunos autores y ello es debido –explican–, a que, con la creciente complejidad de la vida social, las lagunas de la ley se han hecho más numerosas sin que el legislador, absorbido por preocupaciones políticas, haya podido remediarlas. Este renacimiento se concreta en dos líneas: a) La costumbre "abrogatoria" o el "desuso", y b) la costumbre recogida o creada por la jurisprudencia (teoría histórico-comparativa). Veamos un modelo:

> Esto (el renacimiento del Derecho consuetudinario) es así, porque este Derecho cumple en nuestra época una doble función: primera, porque en circunstancias extraordinarias, es el único remedio contra las leyes absolutamente intolerables a cuya derogación no se decide el legislador. Y segunda, porque la producción de este Derecho consuetudinario, sobre todo a través del *ususfori* reiterado, puede determinar un grado más elevado de seguridad jurídica que el que brinda la mera interpretación del texto legal.
> Prueba de ello es que, aunque existen legislaciones que no reconocen a la costumbre el carácter de fuente de Derecho, sin embargo, los abogados y hombres prácticos del Derecho siempre están atentos a lo que la Corte Suprema de Justicia decide en casos similares a los que ellos tienen pendientes ante los Tribunales[146].

Por esto, algunas legislaciones actuales reflejan esta reacción en favor del Derecho consuetudinario:

En Alemania, el silencio del Código Civil ha servido a la doctrina científica para llegar a conclusiones de gran amplitud, en el sentido de admitir no sólo las costumbres supletorias, siempre que sean generales, sino también admiten la costumbre *contra legem*.

---

* *Vid.* Capítulo II de este libro, pp. 34-35.

146. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Op. cit.*, p. 570.

El Código Civil suizo de 1907 admite la costumbre como fuente "supletoria", en caso de silencio de la ley. Lo mismo hace el Código español en su artículo 6°.

Por el contrario, el Derecho soviético, no admite la costumbre como fuente jurídica.

2. VALOR DE LA COSTUMBRE JURÍDICA EN LAS DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO

A) *Derecho Público*

a) *Derecho Internacional Público.* Como es un Derecho todavía, en gran parte en elaboración, la costumbre constituye una de sus fuentes *principales.* Tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. En este sentido el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que "la costumbre internacional, considerada como práctica general, aceptada como Derecho, es fuente principal, junto con los Tratados, de los derechos y obligaciones de los Estados en sus mutuas relaciones" (Artículo 38)[147].

b) *Derecho Constitucional.* Hay que distinguir entre los países que no tienen Constitución formal y los que la tienen. En los primeros, la costumbre tiene un *valor máximo* como fuente directa en esta rama del Derecho. En los segundos no es fuente directa, pero desempeña una *función importante* en su desenvolvimiento.[148] En Inglaterra, Constitución significa un "sistema de organización" por medio de documentos como la célebre Carta Magna, algunas leyes del Parlamento y un conjunto de usos y costumbres establecidos desde hace mucho tiempo. Mientras que para los sistemas de Derecho civil (*civil law*) o continental, Constitución significa documento escrito.

Nuestro país tiene una Constitución formal rígida, que no da entrada a la costumbre como fuente directa. Sin embargo, puede tener relevancia

---

147. LINARES, Antonio: *Derecho Internacional Público,* Tomo I, p. 45. (Edic. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983).
148. LA ROCHE, Humberto: *Op. cit.*, p. 36.

en relación con ciertos usos institucionales que lleguen a reunir los requisitos de la costumbre, siempre que sean compatibles con la Constitución. Además, en ocasiones la costumbre desemboca en una mutación constitucional, es decir, en una alteración del sentido de un precepto de la Constitución que se produce sin modificar su texto.

c) *Derecho Administrativo.* La costumbre o práctica administrativa cuando es generalmente aceptada es de *gran valor* para la acción de las autoridades administrativas, hasta el punto de entrar a formar parte de la legalidad administrativa.[149] En este sentido la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 11 establece que el precedente administrativo debe ser el principio general a ser seguido por la administración en la toma de decisiones.

d) *Derecho Penal.* En esta rama del Derecho Público la costumbre no tiene *ningún valor* en virtud del principio "ningún crimen, ninguna pena sin ley" *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*; es decir, ningún acto puede ser considerado como delito si no está contenido expresamente como tal (tipificado) en la ley; de la misma manera ninguna pena puede ser aplicada sino en virtud de disposición legal.

e) *Derecho Procesal.* También aquí es *mínimo* el valor de la costumbre, por ser el proceso una institución en la que juegan importante papel la certeza y el rigor de las formas procesales. Aún siendo este el principio, hay que señalar que existen procesos en los cuales la costumbre es fuente directa como en el caso de la Justicia en los ámbitos indigenas, la cual se aplica con base a sus tradiciones, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución , a la ley y el orden público (artículo 260 CRBV).

B*) Derecho Privado*

a) *Derecho Civil.* En esta rama, la importancia del Derecho consuetudinario depende tanto del sistema jurídico como de la clase de

149. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph: *Instituciones políticas y constitucionales*, Tomo I, p. 36 (Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1985).

Respecto a esta costumbre *contra legem* debemos observar, como antes indicamos, que si bien dentro de una concepción lógico-formal del Derecho no cabe la posibilidad de que costumbres jurídicas vengan a derogar normas declaradas obligatorias por las leyes, sin embargo la realidad es distinta. Y ello es porque el Derecho no se agota en el aspecto formal. Si lo observamos dentro de una panorámica más amplia vemos que la norma no llega a ser en verdad "auténticamente jurídica", sino cuando alcanza vigencia y *efectividad.* Hay normas legales no auténticamente jurídicas y que, por ello, exigen ser reemplazadas por otras más de acuerdo con la realidad jurídica nacional. No se puede negar que en estos casos *la costumbre contra legem* "abrogatoria", y aún más, el "desuso", operan efectivamente en nuestro Derecho como una gran fuerza sociológica extralegal.

• La costumbre *secundum legem* no ofrece dificultad porque no es otra cosa que la aplicación del Derecho escrito.

b) *Derecho Mercantil.* Aquí, la costumbre adquiere *mayor importancia.* El tráfico mercantil se reguló en sus orígenes por los usos mercantiles recogidos en los Estatutos de las corporaciones medievales y, en todo el tiempo, la legislación mercantil ha ido separándose por la fuerza del uso del Derecho Civil, pues el comercio requiere "un Derecho dinámico, vivo en la práctica; no un Derecho estático, muerto en los Códigos"[150]. La costumbre *praeter legem es admitida* como fuente supletoria de la ley en el caso de silencio de ésta y cuando cumple los requisitos que la propia ley establece (teoría normativa). Dice el artículo 9º:

> Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio.

---

150. MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil.* Tomo I, pp. 44 y ss. (Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, Caracas, 1986).

y humanas", se está indicando la amplitud de conocimientos que debe adornar a un "jurista".

En la acepción moderna de esta palabra, se entiende por jurisprudencia el Derecho que se desprende de las decisiones (sentencias) de los tribunales, de la actividad de los jueces al aplicar el Derecho. Por eso, en un sentido más estricto, jurisprudencia es:

El conjunto de sentencias que, de manera uniforme resuelven casos similares, es decir, la manera uniforme y constante que tienen los jueces y tribunales de aplicar el Derecho.

Veamos ahora cómo nace la jurisprudencia.

2. GÉNESIS

El precepto contenido en las normas jurídicas, que implica una conducta determinada en los sujetos sometidos al ordenamiento jurídico, normalmente es aceptado espontáneamente; pero si no es así, si aquellos sujetos violan los preceptos normativos, entonces se hace posible la intervención del *poder jurisdiccional* para lograr por vía coactiva la aplicación del Derecho. Esta actividad de los tribunales implica todo un proceso que concluye con el pronunciamiento del juez, *la sentencia;* ésta contiene una *norma jurídica individualizada,* puesto que se aplica solamente al caso planteado entre las partes litigantes y su vigencia termina una vez cumplida.

Vemos, pues, cómo esta actividad de los órganos jurisdiccionales, que consiste en la aplicación de las normas a los casos concretos *es creadora* de Derecho. En cierto sentido, se crea una norma, una norma "individualizada" o *individual,* distinta de la norma legal que se está aplicando, puesto que los sujetos adquieren derechos y son sometidos a obligaciones que antes no estaban definidos judicialmente. El litigante a quien favorezca la sentencia definitiva, invocará no ya la ley o el contrato en que se basó el juez para decidir, sino la sentencia que afirma su derecho[153].

153 No pocos autores, principalmente tradicionales, defienden la opinión de que las sentencias no pueden considerarse propiamente "normas jurídicas", sino "actos de aplicación del Derecho", ya que, para ellos, una nota esencial del Derecho es la

Pero la actividad jurisdiccional, antes de aplicar la norma general, debe "interpretarla", o sea, "captar su sentido", a fin de que su aplicación al caso práctico sea correcto. Pero, además, hay ocasiones en que el juez debe *completar la ley,* suplir "lagunas" de la legislación. Mediante estas actividades, los órganos jurisdiccionales van precisando mejor el contenido del Derecho, creando nuevas normas que luego suelen aplicarse a casos semejantes. De esta manera, la actividad de los tribunales se convierte también en *fuente indirecta* de normas jurídicas *generales* que, si bien no siempre son obligatorias (en los países del sistema romanístico o del Derecho escrito), sin embargo, se suelen observar, porque normalmente son el producto de una actividad consciente y reflexiva de jueces y magistrados.

3. DEFINICIÓN

Podemos, por lo tanto, definir la jurisprudencia como:

Conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas con ocasión de los juicios sometidos a su resolución, las cuales, aún no teniendo fuerza obligatoria, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanen.[154]

Es importante hacer énfasis en que al hablar de jurisprudencia no nos referimos a una sentencia peregrina de un tribunal cualquiera, sino al conjunto reiterado de criterios establecidos por los tribunales y en especial por la máxima instancia judicial del país. También se puede hablar de jurisprudencia cuando por primera vez de modo incontrovertible un tribunal decide un aspecto que anteriormente no hubiese sido discutido, pues esta sentencia genera un primer antecedente.

"generalidad". Sin embargo, la doctrina moderna se orienta, en general, en el sentido de admitir normas jurídicas "individualizadas", como venimos exponiendo. *Vid.* RECASENS SICHES: *Op. cit.*, p. 195.

154 COUTURE, Eduardo: *Vocabulario Jurídico*. Pp. 372. (Ediciones Depalma. Buenos Aries. 1976).

Precisemos ahora algunas nociones importantes que hacen referencia a la jurisprudencia y que pertenecen, principalmente, al Derecho Procesal.

II. CONCEPTOS JURÍDICOS PROCESALES

1. JURISDICCIÓN

A) *Concepto y sentidos*

Como hemos visto, la actividad de los tribunales va encaminada a resolver los conflictos de intereses, bien sea entre los particulares (justicia particular conmutativa), bien entre los particulares y el Estado (justicia general o legal y justicia particular distributiva). Esta actividad destinada a la administración de justicia se llama "actividad jurisdiccional".

En la época primitiva, cuando la sociedad no se había organizado jurídicamente, cada quien, por sus propios medios, se "hacía justicia", lo cual significaba que "de hecho" la justicia estaba del lado del más fuerte, originándose así innumerables abusos. Hoy, excepto en los casos de "legítima defensa"[155] y "estado de necesidad"[156], el Estado es el que asume el control de la justicia. Nadie que esté involucrado en un problema, salvo contadísimas excepciones, ve con claridad la solución justa y está dispuesto a someterse a ella. El Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, actúa como un tercero de buena fe, no involucrado en el problema; en consecuencia, puede ver con claridad y objetividad y darle una solución justa al problema, sin estar directamente afectado por él. Además de los órganos jurisdiccionales nos podemos encontrar con instancias que sirven como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, como los tribunales arbitrales, en los que la labor jurisdiccional puede ser cumplida por particulares, estableciendo la ley los límites, condiciones y efectos dentro de los cuales esta actividad resulta lícita. En resumen, el Estado

---

155 *Vid.* Código Penal, art. 65-3.
156 Ibid., artículo 65-4.

regula la administración de la justicia; los particulares pueden dirigirse a él pidiéndole protección de sus derechos amenazados o reparación de sus derechos violados.

La *jurisdicción* es, pues, un sector del poder del Estado. Al Poder Judicial corresponde en principio la función jurisdiccional, que es "una parte del poder del Estado, o sea, la soberanía en referencia a la función de la justicia". Por eso se ha definido la jurisdicción como: "La potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean conferidas y hacer cumplir sus propias resoluciones".

B*) Clases de jurisdicción*

Se reconoce en la doctrina procesal el principio de unidad de jurisdicción, pues la función jurisdiccional es una sola, aunque se ejerza en diversos ámbitos o materias, que son el objeto de las competencias atribuidas a los tribunales. A veces, sin embargo, se emplea el término jurisdicción para referirse a un conjunto de tribunales al cual corresponden determinadas competencias de manera exclusiva o preferente. En este sentido se habla de la jurisdicción ordinaria (civil, mercantil y penal), o de ciertas jurisdicciones especiales (contencioso-administrativa, contencioso-tributaria, laboral, militar, entre otras).

2. ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN. EL JUEZ

A*) Sentido objetivo y subjetivo*

El ejercicio de la función jurisdiccional que corresponde al Estado se realiza a través de ciertos "entes" a los cuales está confiada por la Constitución y las leyes dicha función. Estos son los "órganos jurisdiccionales u órganos de administración de justicia", es decir, las "Cortes", "Tribunales", "Juzgados" o "Jueces" que se definen como:

Funcionarios públicos investidos de autoridad para ejercer la función jurisdiccional atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República.

Vemos pues, que la palabra "órgano" u "organismo" del poder jurisdiccional se puede emplear en dos sentidos: "objetivo", entendido como "ente" o "institución", y en sentido "subjetivo", como "persona física, magistrado o juez". Este puede ser cambiado a través de un nombramiento, o por destitución o por muerte; pero la "institución" u órgano en sentido objetivo no cambia en esos casos.

B) *Clases de órganos*

En nuestro Derecho se pueden distinguir varias clases de órganos jurisdiccionales, objetivos y subjetivos, es decir, varias clases de tribunales y jueces.

a) *Por su número,* el tribunal puede ser "único", porque no hay otro como él en la República, como ocurre con el Tribunal Supremo de Justicia; o "uno" de los diversos órganos del mismo tipo; vgr., el Tribunal de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, es uno de varios del mismo tipo que existen en la circunscripción.

b) *Por la estructura interna del tribunal,* éste puede ser "unipersonal", el que está integrado por un solo juez; "colegiado", si lo está por varios jueces. Como veremos, los Juzgados de Primera Instancia y los Superiores en lo civil son unipersonales en toda la nación. Los Tribunales de Juicio en materia penal son colegiados, pues se integran con un juez profesional y dos ciudadanos que se llaman escabinos.

c) *Por el grado de jurisdicción* que ejercen, son "superiores", de alzada o de apelación, e "inferiores" o de primer grado, según conozcan en apelación (segunda instancia) o en la primera instancia los asuntos que le son atribuidos.

d) *Por la medida del poder* que ejercen se distinguen los tribunales en "ordinarios" y "especiales", según les esté atribuida la jurisdicción en forma general, de modo que puedan conocer un amplio número de causas o litigios; o la tengan atribuida a una materia muy especial y limitada. Por ejemplo, un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, es "ordinario";[157]

157 RENGEL ROMBERG, Arístides: *Manual de Derecho Procesal venezolano*, Volumen I, p. 200 (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1968).

en el viejo Código, pero con una serie de modificaciones, correcciones, y adiciones que se han considerado convenientes para lograr una justicia más sencilla, rápida y fiel"[163].

Más radical es la transformación propugnada por la Constitución en su artículo 257 según el cual se debe adoptar un procedimiento breve, oral y público buscando la uniformidad, simplicidad y eficacia. Estos postulados establecidos en la norma constitucional se convierten en *mandamientos procesales*[164] para el legislador

Los principios procesales se definen por ser: "enunciados lógicos extraídos de un conjunto sistemático de normas de procedimiento, con el objeto de darle a estos, carácter de regla de validez general".[165]

B*) La estructura del proceso en Venezuela*

a) *De la Escritura hacia la Oralidad.* Un sistema procesal es escrito cuando la escritura es la forma ordinaria de las actuaciones; y es oral cuando el material de la causa (alegaciones, pruebas y conclusiones) se presentan de palabra aunque luego se protocolicen por escrito para que quede memoria de lo expresado.

El Código de Procedimiento Civil venezolano

> si bien ha decidido mantener el sistema escrito (...), no ha desechado la posibilidad de introducir, en algunas materias concretas, el juicio oral, con el fin de contribuir a la formación progresiva de esta nueva mentalidad y hacer posible (...) en el futuro, la extensión del sistema oral a otras materias o a todas en general[166].

---

163 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil. Exposición de Motivos*, p. 2 (Edit. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Maracaibo, 1986).

164 COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Ediciones Depalma. 3ª Edición. Buenos Aires. 1978. Pp. 182

165 Vid. COUTURE, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 477

166 HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *op. cit.*, pp. 182.

En la actualidad en materia civil priva el principio de la escritura (art. 25 CPC) pero se harán los juicios orales cuando así lo disponga el Ejecutivo (artículo 880 CPC).

En cambio en materia penal rige el principio de oralidad según lo establece el artículo 14 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP): "el juicio será oral y solo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia".

De acuerdo con la Constitución de 1999 (artículo 257) se debe establecer un proceso de carácter oral, pues la oralidad permite mayor celeridad judicial. Es fácil comprender que la oralidad favorece la forma de "concentración" procesal, y la escrita el "fraccionamiento" que pasamos a estudiar seguidamente.

b) *Concentración - Fraccionamiento.* En un proceso rige el principio de "concentración procesal" cuando el examen de la causa se desarrolla en uno o pocos "días de despacho" o "de audiencia", de modo que los actos procesales se aproximen y se desarrollen ininterrumpidamente aumentando así la "celeridad". Por el contrario, domina el principio de "fraccionamiento" cuando entre un acto procesal y otro pueden pasar largos períodos de tiempo, de modo que el proceso aparezca discontinuo. Cuando el fraccionamiento está establecido en la ley, se dice que impera el "orden consecutivo legal"; y como cada auto debe ser procesado en el término legal, pasado el cual ya no puede realizarse, queda establecido el principio de "preclusión". En resumen: la vigencia procesal de estos dos últimos principios tipifica un tipo de proceso opuesto al principio de "concentración", en el que prevalece el "principio consecutivo legal con fases de preclusión"[167].

El proceso civil venezolano acoge el principio de fraccionamiento (art. 202 CPC), no así el proceso penal que sigue el principio de concentración (artículo 17 COPP).

---

167 *Vid.* RENGEL ROMBERG, Arístides: *Op. cit.*, p. 126.

c) *Inmediación.* El principio de inmediación significa que el juez actúa en contacto *directo* con las partes, testigos, peritos y demás sujetos del proceso. Se opone al principio de "mediación" que existe cuando el juez verifica ese contacto por medio de intermediarios.

El principio de inmediación no sólo existe en el proceso oral, sino también puede regir al que sigue la forma escrita, aunque parece más propio de aquél. Nuestro Código de Procedimiento Civil adopta la "inmediación", pero permite a los jueces la facultad de "comisionar" a otra autoridad judicial para la práctica de algunos actos.

Los tres principios analizados, "oralidad", "concentración" e "inmediación" están íntimamente relacionados y caracterizan el proceso penal, antitético del proceso escrito, fraccionado y mediatizado que, hasta ahora, ha predominado en materia civil en Venezuela[168].

d) *Principio dispositivo.* Se llama así porque el juez, según este principio, está "a disposición" de las partes que son las que determinan el alcance y contenido de la disputa judicial. Es muy propio de un sistema que exagera la autonomía de la voluntad de los particulares y exalta en demasía el Derecho subjetivo. *Nemo iudex sine actore* (nadie comienza a ser juez si no hay demandante), dice el aforismo latino y, prácticamente hasta el fin del proceso estará el juez casi como un simple espectador de la lucha de las partes, interviniendo solamente cuando éstas lo soliciten, ya que el principio "dispositivo" suele combinarse con el del "impulso del proceso por las partes" que, después de lo dicho, se expresa por sí mismo.

El principio contrario al dispositivo es el "inquisitorio". En él, el juez, aún teniendo ante sí a las dos partes, no está sometido a ellas para la investigación de la verdad.

Nuestro Código de Procedimiento Civil acoge el principio dispositivo para el inicio del proceso (art. 11 CPC) (excepto el caso de que la ley autorice al juez para obrar "de oficio" o se trate de resguardar el

---

168 Ibid., p. 129.

pues, una igualdad jurídica que, incluso atiende a las personas de baja condición económica permitiéndoles disfrutar del beneficio de "justicia gratuita". Sin embargo, este hermoso e igualitario principio procesal, queda, en la práctica, casi siempre, inaplicable, aunque ha sido un avance la consagración de la gratuidad del servicio de justicia en la Constitución (art. 26 CRBV).

Finalmente, en virtud del principio de "responsabilidad", basado en el precepto constitucional de que "el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley" (art. 139 CRBV), los funcionarios del poder judicial son responsables de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones[171].

IV. FASES DEL PROCESO

Hemos indicado que el proceso es una secuencia o sucesión de actos que forman una unidad. Dichos actos se deben realizar en el orden establecido por la ley (principio del "orden consecutivo legal"); además, las partes deben ejecutar los actos que le correspondan en el tiempo prescrito en la ley, so pena de quedar impedidas de hacerlo después (principio de "preclusión").

El esquema de las fases o tiempos que integran el proceso, puede sintetizarse así:

1. INSTANCIAS

El proceso comprende dos instancias. Se dice "Primera Instancia", o mejor, que "está en Primera Instancia":

El litigio que se ventila ante el juez o tribunal que debe sentenciar en *primer grado* sobre la cuestión que se debate.

---

171 *Vid.* Código de Procedimiento Civil, artículos 15, 18 y 24 *Op. cit*

Pero no todas las sentencias agradan a las partes, sobre todo a la parte perdedora. De allí que el Derecho establezca la posibilidad de una nueva revisión de aquel juicio. Por eso, una vez sentenciado el litigio en Primera Instancia, no sólo las partes, sino todo aquel que (por tener interés inmediato en lo que sea materia u objeto del juicio) resulte perjudicado por dicha sentencia, podrá "apelar" ante el juez o tribunal de jerarquía superior (Juez o Tribunal de "alzada" o "apelación"). Es la Segunda Instancia.

Finalmente, a veces queda todavía un recurso *extraordinario,* el de "Casación", que no es una nueva instancia o recurso ordinario. A Casación no se "apela", sino que se "recurre" ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Estas son las tres fases que generalmente puede tener un litigio antes de que la decisión llegue a tener el carácter de "cosa juzgada".

2. ESQUEMA DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

A) El proceso civil en *Primera Instancia* se desarrolla a través de las siguientes fases[172]:

a) *Introducción de la causa.* El procedimiento ordinario comienza por la demanda. El libelo de demanda es un acto procesal que elabora una persona llamada demandante en un escrito o libelo, en el cual hace señalamientos concretos a personas concretas sobre algo que a su juicio lesiona un derecho que él "pretende tener" y que lo presenta al tribunal competente. El juez es el que va a decidir al final del proceso si es el demandante el verdadero titular de ese derecho; mientras tanto solamente pretende tenerlo.

b) *Citación del demandado.* El demandado es citado o emplazado para que comparezca dentro de los veinte días siguientes al momento de recibir la citación. Esta citación la hará el alguacil o también puede hacerla,

172 Resumiremos a continuación lo pautado en el Código de Procedimiento Civil, Libro II, artículos 234 al 522.

1° Lapso de *promoción* de pruebas: anunciar su presentación ante el tribunal; por ejemplo, voy a traer un documento que pruebe mi título de posesión, o que pruebe que soy casado o viudo, etc.

2° Lapso de *evacuación* de pruebas: llevarlas, realizarlas efectivamente. Por ejemplo, presentar un testigo al tribunal

El lapso para la promoción de pruebas será de 15 días, y el lapso de evacuación, de 30 días.

f) *Decisión de la causa.* El décimo quinto día siguiente al vencimiento del lapso probatorio tiene lugar el acto de Informe de las partes. Es su última oportunidad de defensa. No se trata de un nuevo lapso probatorio, sino que de un resumen de elementos de hecho y de derecho.

Una vez terminado el acto de informes el juez dictará sentencia en el plazo de sesenta días.

Antes de dictar sentencia puede el juez ordenar "autos para mejor proveer". En ellos podrá el juez pedir la presentación de algún instrumento para cerciorarse de la exactitud de algún dato, o practicar una inspección o una experticia, o también hacer comparecer a algunos de los litigantes para interrogarlo sobre algún punto del proceso en caso de que éste no haya quedado muy claro.

g) *Sentencia.* Vistos los informes el juez procede a dictar sentencia. La sentencia es la decisión del juez que pone fin a la controversia o litigio y es el acto procesal del juez por excelencia. El juez materializa toda su actividad a través de ella (pone de manifiesto su competencia para administrar justicia).

3. LA SENTENCIA

La sentencia no la puede dictar el juez a su manera, caprichosamente, sino que debe regirse por las pautas que establece la ley. La sentencia si está mal elaborada puede anularse, y no será anulable en los casos en que el juez se haya ceñido a lo pautado en la ley.

Estudiamos algunos puntos importantes:

A) Estructura de la sentencia. Toda sentencia debe tener tres partes en su estructura:

a) *Parte narrativa.* El juez hace un relato (narración) de los elementos de hecho y de derecho encontrados en el proceso, es decir, hace como un recuento de lo que sucedió en el proceso.

b) *Parte motiva.* Es la parte más importante de la sentencia, ya que garantiza el Estado de Derecho y el derecho a la defensa. Es fundamental que en la sentencia aparezca que el juez condena o absuelve, estima o desestima la demanda, en conformidad con las normas jurídicas. Si no se motivara de esta manera la sentencia, sería fácil incurrir en la arbitrariedad: las personas no sabrían a qué atenerse, peligraría la seguridad jurídica y, también, se haría más difícil la apelación si no se conocieran los motivos de la decisión por no estar bien fundamentada la sentencia.

c) *Parte decisoria.* Es la última parte de la sentencia, la que contiene el fallo o decisión. Ahora bien, no todas las sentencias son perfectas y pueden contener vicios.

B) *Vicios de las sentencias.* Los vicios en que puede incurrir un juez al dictar una sentencia son:

a) *Minus petita,* que ocurre cuando el juez concede con su fallo, a la parte ganadora, menos de lo que se alegó y probó en autos. Por ejemplo, se pide la condena a la parte demandada por un millón de bolívares y es condenada solamente a medio millón, habiendo quedado probado en autos que la pretensión del actor estaba bien hecha y bien fundamentada en la demanda (y así resultó en las pruebas) por la cantidad de un millón.

b) *Ultra petita.* Es el vicio contrario al anterior. El juez, en su sentencia, condena a más de lo pedido, alegado y probado en autos.

c) *Extra petita.* En este caso el juez, en su sentencia, concede a las partes algo que ni se pidió, ni se alegó, ni se probó en autos. Por ejemplo:

extingue por no haberse producido en él actividad procesal alguna por las partes durante un año (entre otras causales). Puede considerarse como un castigo por parte del legislador a la negligencia de las partes en no seguir un proceso judicial en curso[177].

E) *Peculiaridades del proceso penal.* En el proceso penal se observan algunas peculiaridades exigidas por la índole de la materia. Tiene tres fases. El juicio penal comienza con la fase preparatoria en la cual se prepara el juicio oral y público mediante la investigación llevada adelante por la Fiscalía (art 280 COPP). En esta fase son competentes los llamados Tribunales de Control. Esta fase concluye cuando el fiscal presenta la acusación o declara el sobreseimiento. La fase intermedia se desarrolla entre la presentación de la acusación y la apertura a juicio, en esta fase se da la audiencia preliminar en la cual las partes presentan sus alegatos y cuestiones previas, sobre las cuales decide el juez de control. En esta fase el imputado puede admitir los hechos logrando que se le rebaje la pena a ser impuesta, así como se puede llegar a acuerdos reparatorios.

La última fase es la de juicio en la cual son competentes los Tribunales de Juicio, en esa fase una vez constituido el tribunal (que usualmente es colegiado) se adelanta un debate oral, público, y bajo el principio de concentración e inmediación que concluye en una sentencia absolutoria o de condena. Esta puede ser apelada ante la Corte de Apelación e incluso puede ser objeto del recurso de casación ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Es de notar que el Código Orgánico Procesal Penal prevé que el imputado, en los actos procesales, siempre gozará de la asistencia de un abogado, bien sea elegido por él mismo o, en su defecto, designado "de oficio" por el tribunal. En la actualidad desempeñan este cargo los "defensores públicos de presos".

V. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES EN VENEZUELA

Estudiaremos, en este apartado, la jerarquización y la competencia de los tribunales en Venezuela.

177 Ibid., p. 97.

1. JERARQUIZACIÓN

El máximo tribunal de la República es el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). Está integrado por Magistrados que ordinariamente trabajan divididos en seis Salas: Sala de Casación Civil; Sala de Casación Penal; Sala de Casación Social; Sala Electoral; Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional. Para resolver ciertos asuntos deben actuar en Sala Plena, es decir todos los Magistrados juntos.

A continuación, en orden de jerarquía, están los Tribunales o Cortes Superiores, Civiles, Mercantiles y Penales, que entienden siempre en recursos de apelación o segunda instancia.

Finalmente están los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil; luego los Juzgados de Municipio.

Además de éstos, existen los juzgados especiales (Protección de Niños y Adolescentes, Hacienda, Contencioso Administrativo, etc.).

2. COMPETENCIA

La competencia es un poder del juez, poder que tiene su medida. Por eso se define como:

"La medida de la jurisdicción que ejerce en concreto el juez en razón de la materia, valor, territorio y conexión o continencia de la causa"[178].

No se debe entender ese título, poder o aptitud en sentido axiológico o valorativo, es decir, que la persona esté bien preparada para ejercer dicha actividad, sino en el sentido de que el Estado le ha conferido tal poder. Ahora bien, los criterios o parámetros generales con arreglo a los cuales se determina la competencia de los tribunales en Venezuela son tres: *Materia, Territorio y,* (en materia civil y mercantil fundamentalmente) *cuantía* de la litis. Los detallamos seguidamente:

---

178 RENGEL ROMBERG, Arístides: *Op. cit.*, p. 237.

A) *Materia.* Responde a la naturaleza del problema. Por ejemplo, un pleito civil no puede ser tramitado ante un Tribunal Penal. Es de advertir que la competencia por razón de la materia es de "orden público" y no puede ser alterada por voluntad de las partes; éstas actuarán ante el tribunal que les corresponda.

B. *Territorio.* En materia penal el Código Orgánico Procesal Penal establece que la competencia en las causas de acción penal se determina por el territorio donde se cometió el delito o hecho punible: por eso, el Tribunal de Control del lugar donde se cometió el delito es el "competente". En materia civil, es competente (aunque no siempre con exclusividad) el tribunal del lugar del domicilio de la persona demandada. Es de notar que, la competencia por razón de territorio no es de "orden público", ya que, en algunos casos, las partes pueden elegir un domicilio "especial" al hacer un contrato para que, en caso de conflicto, sea competente el juez del lugar que ellos eligieron para ese contrato.

C) *Cuantía o valor de la litis*

También es una cuestión de "orden público", no modificable por la voluntad de los particulares. Son competentes:

a) *Primera Instancia:* conocen en Primera Instancia no sólo los Tribunales de Primera Instancia sino también los de Municipio según la cuantía de la litis. Así, los Juzgados de Municipio conocen en Primera Instancia los pleitos cuya cuantía sea inferior a Bs. 5 millones,

b) *Segunda Instancia o Apelación.* Hemos dicho anteriormente que una vez sentenciado el litigio en Primera Instancia, uno de los litigantes, o bien otra persona que tenga interés en lo que sea objeto del juicio, puede solicitar del *tribunal inmediatamente superior* que modifique el fallo dictado en Primera Instancia: Es el recurso de "apelación". Así, los de Primera Instancia conocen en apelación de las decisiones de los tribunales de Municipio. Los Tribunales Superiores conocen *únicamente* en apelación (porque no son competentes en Primera Instancia)[179] de las decisiones de los Tribunales de Primera Instancia.

179 Con excepción de ciertos ámbitos especiales, como el contencioso administrativo.

2. FUNCIÓN CREADORA Y DE INTEGRACIÓN

La legislación algunas veces presenta lagunas, imprecisiones, casos no previstos. Sin embargo, existe el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, según el cual el Derecho siempre trae solución para los casos discutidos, bien expresamente, o bien indirectamente, recurriendo a las fuentes subsidiarias. De modo que no es posible dejar sin solución jurídica ningún caso. Ya hemos dicho que el juez, al sentenciar, debe subsanar los vacíos dejados por el ordenamiento jurídico. De esta forma, la jurisprudencia está realizando una función de *creación* e *integración* del Derecho.

3. FUNCIÓN DE ADAPTACIÓN

La ley, una vez formulada, permanece fija o invariable; en cambio, las condiciones sociales para las cuales se dictó cambian continuamente. Esto, como es lógico, podría conducir a un divorcio entre la ley y la vida real. En este aspecto, la jurisprudencia juega un papel muy importante para la vida del Derecho, porque va adaptando la ley a las nuevas condiciones sociales, va armonizando la ley con las ideas contemporáneas y con las necesidades modernas. Para ello se vale de los llamados "conceptos válvula", como hemos estudiado, al tratar de las normas flexibles.

4. FUNCIÓN DE PROMOCIÓN DE LA UNIFORMIDAD

El Derecho, al ser aplicado a casos iguales, no debe ser objeto de interpretaciones diferentes; debe dársele una interpretación uniforme. En este sentido, la jurisprudencia, especialmente la de Casación, presta un valioso servicio al Derecho al establecer el sentido exacto de las leyes.

Entre nosotros, normalmente el fallo dictado por un tribunal sólo tiene fuerza obligatoria para el caso planteado y respecto de las partes que intervinieron en el juicio. Pero no tiene fuerza obligatoria para los demás tribunales, y ni siquiera la tiene para el mismo tribunal que lo dictó. Es

> resultado constante de gran significación para la vida y realización del Derecho, que es lo que constituye la esencia de la jurisprudencia. Pero ni ésta, ni mucho menos los precedentes judiciales aislados tienen en nuestro sistema positivo la fuerza suficiente para elevarse a la categoría de fuente formal directa del Derecho objetivo. El precedente judicial y aun la jurisprudencia misma no tienen, en el Derecho venezolano, sino autoridad puramente científica. A lo más, sólo podría atribuírseles la fuerza de una presunción correcta de la norma jurídica por aplicar. De allí que los jueces puedan y deban dar en sus decisiones una interpretación de la ley distinta y aun contraria de aquélla recibida y tradicional, por más firme que sea, cuando del estudio detenido del caso y de la norma aparezca que esa interpretación no corresponde a su verdadero espíritu y a su sana inteligencia. El valor práctico de seguridad que entrañan los precedentes judiciales y la jurisprudencia, cede entonces su puesto y se quebranta ante el más elevado y digno de observancia, que consiste en que las decisiones judiciales correspondan a la convicción que de la voluntad de la ley tengan los jueces para el momento de pronunciar fallos propios.

Tal era el alcance científico que en el Derecho romano del último período se atribuyó a la jurisprudencia, según el cual el juez no estaba obligado a conformarse en sus sentencias a las decisiones anteriores, si las encontraba contrarias a la letra y espíritu de la norma, ya que él no sentenciaba por imitación sino por aplicación de las leyes: *Non cum exemplis sed legibus indicandum est* [182].

Esta doctrina es conforme a nuestra genuina tradición jurídica y a las funciones que tiene en nuestro sistema el juzgador. Sin embargo, en nuestra doctrina hay divergencias de opinión sobre este asunto. La razón de ella es –como ocurría en la costumbre– que un mismo criterio no puede ser aplicado por igual a todas las ramas del Derecho. Por eso dice Allan Randolph BREWER-CARÍAS, que en el Derecho Administrativo no es aplicable este criterio restringido:

---

182 CICERÓN, Marco Tulio: *Pro Milone.*

> Esta doctrina es ciertamente correcta si se tiene en cuenta la labor *interpretativa* del juez: pero no es tan absoluta respecto de la labor creadora del sentenciador. Es cierto que esta labor creadora es excepcional en las ramas jurídicas codificadas, ya que por este mismo carácter las normas aplicadas generalmente constan en textos legales. Sin embargo, en Derecho Administrativo la situación es diferente.

En el sentido antes trascrito José PEÑA SOLÍS[183] habla de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo como fuente "real" de derecho, pues en la práctica ésta es seguida tanto por los litigantes, como por los jueces de instancias inferiores. En especial la jurisprudencia emanada de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo y la de la Sala Político-Administrativa del TSJ.

La jurisprudencia alcanza su máxima significación en la materia constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución.

C. Desde luego, para las teorías que admiten la existencia de "normas jurídicas individualizadas", la jurisprudencia es fuente formal directa de tales normas, juntamente con el negocio jurídico y ciertos actos administrativos individuales.

Es necesario observar, por último, que entre nosotros hay una serie de dificultades que obstaculizan el desarrollo de la jurisprudencia, fundamentalmente, la falta de carrera judicial, que incide en forma negativa en la uniformidad y continuidad de la jurisprudencia. La estabilidad de los jueces en sus cargos, permitiría a la colectividad contar con el aporte de experiencias y de conocimientos de un grupo de individuos consagrados de por vida a la aplicación del Derecho. Por otra parte, sería de desear que se prestara mayor atención a la divulgación de la jurisprudencia que, hasta ahora, se ha reducido a un número muy limitado de textos y publicaciones.

---

183 PEÑA SOLÍS José. Manual de Derecho Administrativo Volumen 1. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos Nº 1. Caracas Venezuela 2001

3. SISTEMA ANGLOSAJÓN[184]

En los países del sistema "anglosajón", la jurisprudencia ofrece peculiaridades interesantes derivadas del carácter especial de dicho sistema jurídico.

En realidad, este sistema anglosajón no contiene una oposición ideológica profunda con el "romanista-continental", en lo que se refiere a la concepción de la vida y a la organización social y económica, ya que ambos sistemas están encuadrados en el marco de la cultura occidental. Es una oposición más bien técnica, de construcción y técnica jurídica, de metodología y de interpretación del Derecho.

El sistema "anglosajón" se observa en Inglaterra. Irlanda y en la mayor parte de los países del *Commonwealth* (Australia, Nueva Zelanda, Canadá, etc.); también en Terranova y Estados Unidos de Norteamérica, excepto Luisiana. Más de 400 millones de habitantes están sometidos a sus reglas.

Veamos ahora algunas características de dicho sistema:

A. *Clases de Derecho:* En el sistema anglosajón han coexistido tres clases de Derecho objetivo, cada uno en un área determinada de la vida jurídica.

a) *El Statute Law o Written Law:* que es el Derecho promulgado por el Parlamento y por otros órganos competentes para "estatuir" Derecho.

b) *El Common Law o Derecho común:* constituido por un amplio sector de normas que no son Derecho legislado. Está formado por:

El conjunto de las decisiones de los jueces y tribunales dotadas de fuerza vinculante, no sólo para el caso que las originó, sino también para todos aquellos de la misma clase que posteriormente se presenten.

---

184 *Vid.* DAVID, René: *Op. cit.*, p. 294; LOSANO, Mario G.: *Los grandes sistemas jurídicos*, p. 178 (Colección Universitaria, Edit. Debate, Madrid, 1982); CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, p. 81 (Edit. Reus. Madrid, 1957); AFTALIÓN y otros: *Op. cit.*, p. 337.

Como estudiaremos más adelante, cada uno de estos casos puede constituirse en un "precedente", que será norma obligatoria para otros casos en lo sucesivo.

c) *El Equity Law o Derecho de equidad:* que es el conjunto de decisiones dictadas por la Corte del Canciller (*Court of Chancery*), o sea, el Tribunal que en nombre del Rey administra justicia en los casos "demasiado duros" sentenciados por los Jueces del *Common Law*. El *Equity Law* se consideraba como un Derecho eminentemente humano, porque la Corte juzgaba "en conciencia", ya que tanto el Canciller como los dignatarios de dicha Corte aplicaban a la solución de los casos la "*aequitas* romano-canónica" que habían importado de las incipientes universidades europeas donde ellos tenían a gala realizar estudios. El *Equity Law* llegó de esta manera a formar una jurisdicción independiente hasta que, después de un lento proceso, acabó por refundirse con los Tribunales del *Common Law* en la segunda mitad del siglo XIX.

B. *Características del Common Law:* Como hemos indicado, el *Common Law* es un Derecho "de jueces", es decir, *hecho por los jueces* (*judge made Law*). Los jueces están obligados a decidir en cada caso según el "precedente" judicial anterior (*rule of precedent*) en virtud del principio *stare decisis* (guardar lo sentenciado). Los tribunales, según la tradición anglosajona, declaran su propio Derecho y siguen con toda fidelidad el sentido de las sentencias precedentes; como no siempre se encuentran precedentes adecuados a los nuevos casos, el papel de la jurisprudencia no ha consistido sólo en *aplicar* normas jurídicas sino en *descubrirlas* o *crearlas* cuando sea necesario.

Pero, en el fondo, el *Common Law* es un Derecho *institucional* del pueblo, formulado en *costumbres jurídicas*. Los jueces, al fin, son funcionarios que aplican y exponen el *Common Law*, el conjunto de instituciones de la vida nacional que existieron desde tiempo inmemorial, la mayoría de las cuales no fueron recopiladas en leyes ni Códigos (*Statutes*), aunque siempre fueron consideradas como obligatorias. El juez, sobre todo en los primeros tiempos de la invasión normanda (siglo X), se consideró defensor de las instituciones y costumbres del pueblo vencido;

y en los primitivos casos que integraron "el precedente", se inspiró en el rudimentario ordenamiento jurídico entonces existente, evidentemente consuetudinario, pero que el pueblo había aceptado como más adecuado a su manera de ser y de vivir.

Finalmente, indicamos que el *Common Law* es un Derecho *esencialmente abierto,* con lagunas (*gaps*). En el sistema "romano-continental" el ordenamiento jurídico tiende a no dejar vacío normativo alguno (plenitud hermética del orden jurídico), porque todos los casos que se presenten a decisión deberán resolverse, por la aplicación de las normas existentes o a través de las "fuentes supletorias" del Derecho. El Common Law, por el contrario, no pretende tener un sistema cerrado de normas: en caso de no encontrar "precedente", las "lagunas" jurídicas deberán ser colmadas por el poder creador del juez.

C. *El precedente judicial:* Como hemos indicado, el "precedente judicial":

Es una sentencia o un conjunto de sentencias, todas del mismo tenor, que establecen un principio normativo.

El precedente es "obligatorio" para las Cortes inferiores y para las de categoría coordinada de la misma jurisdicción; y es "persuasivo", es decir, que "merece ser tomado en cuenta", para las Cortes y tribunales de distinta jurisdicción.

Ahora bien, ¿qué es lo más importante en el "precedente"? Es importante que el jurista del *Common Law* aprenda a distinguir, entre las razones dadas por el juez en apoyo a su decisión, lo que constituye el basamento de su decisión o *ratio decidendi* y lo que es *obiter dictum,* es decir, lo declarado por el juez sin que sea absolutamente necesario. La *ratio decidendi* constituye una norma jurisprudencial que se incorpora al Derecho y que, en cuanto tal, debe ser observada en el futuro. Por el contrario, lo que es *obiter dictum* no goza de esta autoridad; su valor es únicamente persuasivo, dependiendo del prestigio del juez que lo pronunció, de la exactitud de su análisis y del gran número de circunstancias variadas según los casos.

La doctrina científica comprende las varias disciplinas indicadas en la primera parte de este Curso de Introducción al Derecho, la Sociología Jurídica, la Historia del Derecho, Filosofía del Derecho, además de las disciplinas jurídicas particulares. En sentido *amplio,* todas son doctrinas científicas, y también lo es la jurisprudencia. Pero en sentido *propio* y *restringido,* la doctrina científica se refiere principalmente a la ciencia del Derecho y al Derecho Comparado. Podemos, pues, definirla como:

> El conjunto de estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente especulativo de sistematizar sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas señalando reglas para su aplicación, ya para criticarlo y proponer nuevas normas en una labor de política legislativa[185].

2. RESEÑA HISTÓRICA

En Roma, la doctrina científica fue fuente del Derecho de excepcional importancia, ya que los jurisconsultos llegaron a ser casi los únicos representantes del Derecho popular cuya fuerza creadora rara vez aparecía en su genuina forma de costumbre jurídica. Antes de Augusto, el juez no era ordinariamente un perito en Derecho y se auxiliaba del jurisconsulto o científico del Derecho. Ante la abundancia y la anarquía de opiniones que se generaron por este procedimiento, el emperador Augusto dio valor solamente a las respuestas de los jurisconsultos que él eligió: gozaron del llamado *ius publice respondendi.* Más tarde, en la época de la decadencia de la jurisprudencia clásica, cuando el genio jurídico romano carecía del esplendor de sus mejores tiempos, una célebre constitución del emperador Valentiniano III, llamada *ley de citas,* instituyó una especie de "Tribunal de los Muertos" constituido por las magnas figuras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, cuyas opiniones eran mencionadas como fuentes de Derecho. Finalmente, Justiniano dio

---

185 *Vid.* RODRÍGUEZ ARIAS, B.: *Op. cit.,* pp. 617 ss.; también CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil... op. cit.,* pp. 528 y ss.

fuerza legal a las opiniones de los cinco jurisconsultos mencionados que fueron recopiladas en el *Digesto*[186].

En la Edad Media, la glosa de Accursio y los comentarios de Bartolo de Saso Ferrato y Baldo adquieren fuerza incontrastable y, en los tribunales, su cita será decisiva durante siglos. Algo parecido ocurre en España con Pragmática de Juan II (1414) y una disposición de Isabel la Católica, que prohibía citar a los legistas y canonistas posteriores a Bartolo y Juan Andrés. Las opiniones de estos autores influían decisivamente ante los tribunales. Estas dos épocas señalan el esplendor de la doctrina como fuente de Derecho.

En los siglos XVII y XIX es donde se quebranta la doctrina científica de los juristas como fuente de Derecho, al ser desconocida o condenada en las primeras obras legislativas del movimiento codificador. Únicamente la "Escuela Histórica" logra difundir por algún tiempo un "Derecho de los juristas"* al afirmar, como indicamos anteriormente al tratar de la costumbre jurídica, que la convicción del pueblo no se manifiesta siempre de un modo directo, sino que muchas veces se declara por la doctrina científica de los juristas como órganos del espíritu nacional: Escuela histórico-comparativa.

No deja de llamar a reflexión el considerar que, precisamente en el siglo en que se inician los regímenes democráticos, con mayor participación del pueblo en el gobierno, el "legalismo" se ha convertido en el gran dios de la organización del Derecho. Inicialmente, por los Monarcas y Príncipes que detentaban el poder; ahora por el poder del Estado, sea autocrático o democrático. Pero el hecho es el mismo.

La doctrina científica tiende a ser borrada como fuente de Derecho por diversas razones, entre otras porque "la doctrina nunca se desenvuelve

186 ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly: *Anotaciones de Derecho Romano,* p. 71 (Edit. Jurídica Venezolana, Quinta Edición, 1988); ARTILES, Sebastián: *Derecho Romano* (Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1988), pp. 65, 135, 164 y 192.

* *Vid.*, Tomo I, pp. 229 y ss., donde se desarrolla ampliamente la Escuela Histórica al tratar del fundamento del Derecho.

en una estructura de poder, que es un elemento esencial al concepto de fuente"[187]. No pensamos así, y por eso hemos admitido la distinción de las fuentes "formales" del Derecho en "directas" e "indirectas". Pensamos, más bien con RODRÍGUEZ-ARIAS que:

> de los dos momentos esenciales de toda normatividad jurídica, la revelación de la verdad jurídica o descubrimiento del Derecho, y una disposición autoritaria, que es la Ley o el Reglamento, el primero de ellos queda cercenado en su libertad por el Estado. Pero al margen del *acto oficial* existirá siempre una *libre investigación* del Derecho cuya doctrina no será vinculante para los funcionarios del Estado; mas éstos no podrán conseguir que las declaraciones legales resulten incensurables por la verdadera ciencia del Derecho. Es decir, el *legalismo* puede prohibir la doctrina, desconocerla, perseguirla; pero, a la larga, la *aplicación* del Derecho volverá a la *prudencia* jurídica y se olvidará de las leyes, o bien, obligará a las leyes a refrenarse. A la larga se restablecerá la debida sumisión del reconocimiento estatal a los resultados de la ciencia del Derecho; la sumisión de lo reglamentario a la eterna jurisprudencia[188].

3. FUNCIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Principalmente son las siguientes:

A. Función *científica* que se realiza mediante estas tres formas o métodos:

El *análisis,* que consiste en estudiar los textos legales, su significado, alcance, aplicación, los principios generales que los imponen, etc. El análisis es un proceso que va de lo general a lo particular.

La *síntesis,* que a diferencia del análisis, es un proceso que va de lo particular a lo general o abstracto. Mediante ella, la doctrina coordina los textos legales, los confronta, trata de indagar su evolución histórico-

---

187 *Vid.*, REALE, Miguel: *Op. cit.*, p. 134.
188 RODRÍGUEZ-ARIAS, B.: *Op. cit.*, p. 619.

sociológica, y resume las ideas orientadoras del pensamiento jurídico. También coordina las diferentes sentencias de los tribunales para establecer la orientación de conjunto de las mismas.

La *sistematización*. En esta labor, la doctrina científica, remontando las consideraciones particulares y fragmentarias, se esfuerza por señalar los principios generales y nociones superiores que explican la compleja obra del Derecho positivo y los ordena haciendo de ellos un sistema.

B. Función *práctica*. Al exponer el Derecho positivo e interpretar las leyes y la jurisprudencia, la doctrina facilita el estudio del Derecho y la tarea de su aplicación a los jueces, abogados y prácticos.

C. Función *crítica*. La realiza la doctrina científica: desde un punto de vista *filosófico* al analizar la convergencia de las normas jurídicas con la justicia y los fines del Derecho; y desde un punto de vista *técnico*, al examinar la técnica de su creación y aplicación. Este aspecto técnico es de gran importancia. De poco vale que una ley esté adecuada a los fines del Derecho y sea filosóficamente perfecta, si está expresada confusa o incorrectamente y no es técnicamente buena.

D. Función *creadora*. La ciencia jurídica tiene fundamentalmente una misión "cognoscitiva" del Derecho. Las proposiciones normativas que formula el legislador proceden en gran parte de ella; y cuando el jurista las toma del legislador, las toma en realidad de sí mismo por intermedio del legislador. Por ello la doctrina es un "conocimiento anticipado" del Derecho. Es verdad que no siempre resulta el Derecho como quiere la doctrina; pero ésta expresa el Derecho "que se quiere que sea". Entonces resulta un factor decisivo para la conversión de su contenido en formas sociales. Bajo este aspecto, sociológicamente de gran importancia, la doctrina contribuye a la creación del Derecho, y los conceptos jurídicos creados por ella son un poderoso factor de integración de la realidad social.

4. INFLUENCIA

La influencia que atribuimos a la doctrina de los autores es puesta de relieve con gran acierto por un autor:

> La actividad teórica (doctrina científica) es necesaria para la confección de las leyes; prepara la labor legislativa ofreciendo el esquema de la organización jurídica de modo que el legislador pueda conocer la situación presente y prever, en lo posible, la eficacia futura de una norma; señala los límites y la orientación aconsejable de las leyes, conforme a las exigencias de la justicia y de la realidad política y social; muestra por último, el modo de que las disposiciones legales consigan exactamente sus fines. En la aplicación de las normas es función de la teoría (doctrina) determinar el verdadero sentido de cada regla jurídica dentro del ordenamiento jurídico y señalar la solución más adecuada de los casos prácticos. Todavía corresponde otra labor a los teóricos: la formación de los juristas[189].

5. VALOR DE LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO

Como es obvio, la doctrina científica es fuente *formal indirecta* del Derecho. Su valor principal depende de la categoría del autor que la origine: tanto mayor será cuanto más acentuados tenga estos caracteres:

A. *Independencia,* respecto a los intereses particulares o de los grupos de presión, siendo su única finalidad colaborar con la ley;

B. *Autoridad* doctrinal, porque las obras jurídicas no tienen otro valor que el que le haya merecido su autor a través de su propia producción doctrinal;

C. *Responsabilidad,* porque el cultivo de toda ciencia requiere una sólida formación y actuación moral y responsable en la vida privada y pública. No podemos olvidar aquí, que respetando otras opiniones, según nuestro criterio, por encima de toda técnica jurídica existe un "saber jurídico" que la valora y la eleva, un saber total que abarca toda la conducta humana y que en el jurista presenta finos matices que le dan el verdadero "sentido jurídico", la fina sensibilidad de la justicia. Pero, por otra parte,

---

189 DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, T. I. pp. 512-513 (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949), citado por Seis Editor, Tomo VII, p. 670, en *Nueva Enciclopedia Jurídica,* Barcelona, 1955.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

1. SENTIDOS Y DEFINICIÓN

La equidad tiene fundamentalmente dos sentidos: el sentido griego de *epiqueia* o *adaptación* de la norma a las circunstancias de un caso concreto; y el cristiano de *pietas, benignitas, humanitas*, o sea, *mitigación* del rigor de la ley para un caso particular. De aquí, una doble definición:

A. En sentido amplio y general, equidad es:

"La adaptación del Derecho a la realidad mediante la apreciación exacta de todos los elementos que en el caso concurren".

B. En sentido estricto y restringido, es:

"La adaptación del Derecho a un caso concreto, para dar a éste un tratamiento más blando y benévolo"[194].

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

En los *pueblos antiguos*, sin duda, la equidad precedió a la justicia, pues la administración de justicia de los pueblos primitivos no estaba prefijada en normas generales, sino que el juzgador o jefe político resolvía los casos mediante su leal saber y entender. A la larga, estas sentencias son la base de normas consuetudinarias que constituyen posteriormente la fuente del Derecho aplicable en materia jurisdiccional.

En *Roma*, la equidad se confundía en último término con el Derecho. Era una norma que todavía no se había convertido en *ius*, pero que la conciencia social exigía que cristalizara en Derecho vigente. De ahí que los jurisconsultos clásicos entendieran por equidad el fundamento en que descansaban las reglas del Derecho de gentes recogidas por el Pretor, e incluso también las del Derecho Civil que se acomodaban a las circunstancias del tiempo. Finalmente, en el Derecho justinianeo la equidad

---

194 *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil... op. cit.*, p. 506. No todos los autores aceptan este sentido de "benignidad" de la equidad; *Vid.*, CORTS GRAU, José: *Curso de Derecho Natural*, pp. 299 y ss. Defiende el principio de que "la equidad, en sí, no significa suavidad sino justeza" (Editorial Nacional, Madrid, 1974).

aparece como contrapuesta al *ius strictum*, en el sentido cristiano indicado más arriba.

En la *Edad Media y posteriormente*, la equidad aparece como correctivo de la dureza de la ley en los "casos difíciles". Así, en la escolástica medieval de Santo Tomás, en el *Equity Law* del Derecho anglosajón y en la escuela iusnaturalista española de los siglos XVI y XVII que le concede notable importancia: "el que abrazando las palabras de la ley obra contra la voluntad de la ley, falta a su mandato".

En el siglo XIX, el rigor legalista hace que se olvide la equidad, aunque muchas de sus normas habían sido ya incorporadas al Derecho escrito. Sin embargo, en el siglo XX reaparece con fuerza, no sólo en el aspecto legal inspirando instituciones jurídicas y ramas del Derecho (vgr., el Derecho del Trabajo), sino también en el jurisdiccional con el criterio de dar al juez la mayor amplitud para sus decisiones[195].

3. EXPLICACIÓN

Como vemos, la característica de la equidad es constituir una justicia flexible y humanitaria en contraposición a la rígida y formalista. Por ello el Derecho equitativo o flexible *(ius aequum)* se opone al rígido o estricto *(ius strictum)* y se aplica en aquellos casos donde la rigidez de la norma traspasa los límites de lo justo: *summum ius, summam iniuria*. Analicemos el problema.

Los casos jurídicos que se presentan en la vida real tienen dos dimensiones o aspectos: uno *individual*, singularísimo, constituido por una serie de notas o elementos tan característicos que hacen al caso "irreductible" a otros, y otra dimensión *genérica*, común a otros casos similares. Por ejemplo, todos los casos en que alguien intencionalmente haya dado muerte a otra persona, tiene de común la calificación genérica de homicidio; pero, también en cada homicidio hay elementos o factores

195 *Vid.*, LEGAZ y LACAMBRA, Luis: *Op. cit.*, pp. 339 y ss; ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly: *Op. cit.*, p. 71; ARTILES, Sebastián: *Op. cit.*, p. 13.

propios y exclusivos del mismo (edad, situación económica y psíquica del delincuente y de la víctima, circunstancias del hecho, etc.). El aspecto genérico, común a todos, exige que se le aplique una medida igual, que será la prefijada en la ley: de otra manera no habría justicia. Pero lo individual de cada caso exige que el esquema lógico, genérico y abstracto de la norma se aplique en la medida adecuada a esos elementos individuales, es decir, se aplique con equidad. Por eso se dice que: "Hacer lo contrario, equivaldría faltar a la equidad, y faltar a la equidad sería faltar a la justicia, ya que sería tratar desigualmente"[196].

4. FUNCIONES DE LA EQUIDAD

A. Como elemento *constitutivo* del Derecho positivo, tiene la función de darle flexibilidad cuando el propio Derecho se remite a ella para suavizar la norma general, en vista de las particulares circunstancias que ocurren en cada caso. Por ejemplo, al tratar de los efectos de los contratos, dice nuestro Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, *según la equidad,* el uso o la ley". (Art. 1.160).

Más allá de la materia contractual, la equidad como criterio de solución de controversias, tiene cabida en los siguientes ámbitos, entre otros:

a) En la justicia ordinaria.

De acuerdo con el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, el juez puede decidir conforme a la equidad, "cuando las partes, de común acuerdo así lo soliciten y la controversia se refiera a derechos disponibles".

b) En el arbitraje:

Nuestro Código de Procedimiento Civil (art. 608) autoriza a los particulares a resolver, mediante arbitraje, cuestiones litigiosas que no

---

196 RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino: *Op. cit.*, p. 606.

tengan por objeto el estado y capacidad de las personas, o en aquellos asuntos en los que no quepa la transacción (en los que esté interesado el orden público). El arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que tiene su origen en un acuerdo de voluntades, por medio del cual las partes convienen resolver sus diferencias mediante la decisión adoptada por una tercera persona denominada árbitro (o árbitros) y cuya decisión goza del carácter de "cosa juzgada"[197].

Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deben atenerse en su juicio a las normas jurídicas que regulan la situación planteada y sólo usan la equidad como elemento de interpretación; los segundos se atienen al sentido de justicia y deciden con libertad, sin que ello implique que pueden violar normas de orden público. En este sentido el artículo 618 del CPC establece:

> Los árbitros son de derecho, o arbitradores. Los primeros deben observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones del Derecho. Los segundos procederán con entera libertad según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la *equidad*. (Destacado nuestro)

Además del CPC, existen previsiones sobre los juicios decididos conforme a la equidad mediante árbitros en la Ley de Arbitraje Comercial.

c) En la Justicia de Paz:

La justicia de paz está reconocida por nuestra Constitución en el artículo 258, y podemos definirla como: "Es una justicia no formal, basada en el sentido común, en la experiencia, en el estímulo a solucionar los conflictos a través del diálogo y la conciliación."[198]

Este es un modelo de justicia que trata de abordar fundamentalmente las relaciones de vecindad (aunque no exclusivamente) y de resolver los

---

197 Ref. Art. 5 de la Ley de Arbitraje Comercial.

198 ABREU BURELLI, Alirio: citado por FERNÁNDEZ TORO, Julio César en: *Justicia de Paz para la Democracia, De la Jurisdicción a la Justicia Popular en La Ley Orgánica de Justicia de Paz.* Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos Nº 15. Caracas, 1996. pp. 62

conflictos que se generan dentro de la comunidad, primero a través de la conciliación, mas si ese no fuese el caso entonces el juez deberá decidir conforme a la equidad. Así lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz:

> Los Jueces de Paz procurarán la solución de los conflictos y controversias por medio de la conciliación. Cuando ello no fuere posible, dichos conflictos y controversias se resolverán con arreglo a la equidad, salvo que la Ley imponga una solución de derecho. Los Jueces de Paz también resolverán conforme a la equidad cuando así lo soliciten expresamente las partes.

Al usar la equidad como un criterio de solución, se busca, según palabras de la propia ley (art. 4 LOJP), "la justicia del caso concreto y garantizar la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad vecinal".

B. Como elemento de *interpretación* de la ley, según lo expuesto, sirve para evitar que de la rígida aplicación de la norma general resulte una injusticia manifiesta.

C. Finalmente, como elemento de *integración* de la norma y utilización de los principios generales del Derecho, sirve para descubrir y aplicar, en defecto de la ley, el principio jurídico que mejor se pliegue a las contingencias del hecho. Como dice DEL VECCHIO, al faltar una norma y haber de recurrir el juez a los principios generales del Derecho es cuando:

> el criterio de la equidad puede obtener una influencia amplia y benéfica, ya que la norma ha de determinarse mediante la intuición directa del caso singular, o sea, de las exigencias que dimanan de la naturaleza misma de las cosas[199].

---

199 DEL VECCHIO y RECASENS SICHES: *Filosofía del Derecho I*, p. 128 (Edit. UTEHA, México, 1946).

tamente. Esto ocurre porque, como dijimos, está expresada en términos abstractos y generales que deben concretarse y particularizarse por medio de las normas individualizadas: "Las leyes y reglamentos son, sencillamente, materiales básicos para que pueda haber auténticas normas jurídicas "completas", las cuales son solamente las que se dan en las sentencias judiciales, en las resoluciones administrativas y en los negocios jurídicos"[205].

A. *Las sentencias judiciales.* De ellas nos hemos ocupado extensamente en el Capítulo IV. No hace falta insistir en la importancia de esta fuente de Derecho, especialmente en los países que se rigen por el sistema anglosajón.

B. *Los negocios jurídicos.* Los estudiaremos ampliamente en el título de los "actos jurídicos" como la principal subespecie de los actos jurídicos lícitos. Basta decir ahora, en relación con el tema que nos ocupa, "fuentes del Derecho" que, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico vigente, la naturaleza misma de las cosas muestra que el hombre es un ser capaz de derechos y obligaciones y, por consiguiente, apto para realizar negocios que le permitan obtener fines lícitos, bien sea por la sola declaración de su voluntad (vgr., un testamento), o bien por acuerdo de voluntades (vgr., el contrato de alquiler de un apartamento). Incluso en los países socialistas que restringen la libre disponibilidad de los bienes económicos y aun en los que han realizado la "socialización de la producción", se reconoce una esfera de acción privada que incluye un poder de disposición en el individuo. Sin duda que es una conquista de la civilización lo que se denomina "autonomía de la voluntad", es decir, el poder que tiene cada persona, dentro de los límites señalados por las leyes vigentes, de hacer, obrar y abstenerse, para obtener algo que le interesa y que ha sido reconocido por el ordenamiento legal como "bien jurídico". De esta manera, los hombres y los grupos dan nacimiento a nuevos modelos jurídicos de acción que los vinculan al ejercicio de determinados derechos y deberes. Por todo lo dicho, el negocio jurídico constituye una verdadera fuente de Derecho al nivel de "norma jurídica individualizada"[206].

---

205 *Ibid.*, p. 197.
206 REALE, Miguel: *Op. cit.*, p. 137.

C. *El acto administrativo.* Por considerar que su conocimiento y estudio, a nivel de Introducción al Derecho, es de verdadero interés para completar el tema de "fuentes del Derecho" desde el punto de vista del Derecho Público, lo estudiaremos en número aparte, con cierta amplitud.

V. EL ACTO ADMINISTRATIVO

Ordinariamente el Poder Ejecutivo es el que ejerce la función de "administración" de las múltiples actividades del Estado por medio de los "actos administrativos". Estos actos" constituyen una de las materias más controvertidas en esta rama del Derecho por las diversas opiniones de las corrientes doctrinales que se ocupan de ellos. Estos actos son "fuentes" de normas jurídicas individualizadas, aunque puedan también, en ocasiones, producir efectos generales.

1. DEFINICIÓN

Hay en la doctrina una gran discusión sobre cuál pueda ser la definición de este tipo de acto. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos define al acto administrativo como: "Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública".

El acto administrativo, como acto "voluntario" del órgano administrativo, puede contener:

A. La manifestación de un *querer,* vgr., la naturalización de extranjeros declarada por el Presidente de la República para los extranjeros que, cumplidos los requisitos legales, *quiere* que sean venezolanos.

B. Una declaración "de conocimiento", vgr., el acto de extender una declaración de solvencia del impuesto sobre la renta. El funcionario encargado revisa el archivo, *conoce* que el ciudadano X está solvente y así lo declara.

C. La manifestación de *un juicio,* vgr., el acto hecho por un recaudador de impuestos que expide una planilla de liquidación (el juicio es: este ciudadano percibe un ingreso anual de Bs. 600.000, por lo que según las tablas de liquidación del impuesto, le corresponde pagar "X" Bs.).

2. ÓRGANOS AUTORIZADOS

Es necesario que el *acto administrativo* provenga de alguna autoridad administrativa dotada de competencia para tomar decisiones, o de algún órgano, en principio, de la administración, autorizado para emitir las declaraciones de conocimiento o de juicio. Son órganos autorizados para *tomar decisiones,* entre otros, el jefe del Estado, los ministros del Despacho y los gobernadores de los estados, los prefectos, los secretarios generales de gobierno, los alcaldes, los administradores de rentas públicas y fiscales de Hacienda, etc. Tienen competencia para expedir *declaraciones de conocimiento* los directores de los ministerios, previamente autorizados por los respectivos ministros, sobre los documentos que se hallen en los archivos de los despachos ministeriales; los registradores, y otros muchos. Pero puede decirse, en general, que los órganos que tienen competencia para dictar actos administrativos no son numerosos, pues la ley procura centralizar el poder de decisión. Por eso, los órganos consultivos de la administración y los órganos de ejecución de la misma (que constituye la extensa masa burocrática), y, desde luego, los particulares, carecen en principio, de competencia para dictar actos administrativos.

3. ALGUNOS EJEMPLOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Admisiones. Son actos de autoridad que permiten el ingreso de un sujeto en un servicio o institución, vgr., el ingreso de un abogado al servicio jurídico en un ministerio.

Concesiones. Actos de autoridad que permiten que un sujeto adquiera un derecho que antes no tenía, vgr., proveer un servicio de transporte entre dos urbanizaciones de la ciudad.

Autorizaciones. Actos que tienen por objeto suprimir obstáculos legales para que algunos derechos preexistentes puedan ser cabalmente ejercidos, vgr., talar árboles en terreno propio o construir un edificio en él.

Aprobaciones. Actos que aprueban otros actos de órganos distintos, vgr., el nombramiento del rector de la UCV debe ser aprobado por el Consejo Universitario.

Actos de expropiación. Actos dictados por la autoridad administrativa en virtud de los cuales se priva a una persona de alguna propiedad privada para atender a fines de utilidad pública o social, vgr., para la construcción del Metro de Caracas.

4. CARACTERES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Entre otros, se señalan como caracteres típicos de los actos administrativos, la ejecutividad y la ejecutoriedad.

La *ejecutividad* significa que para la ejecución de una resolución administrativa, basta el pronunciamiento de la propia administración, sin necesidad de acudir al poder judicial a fin de que se reconozca el derecho de la propia administración para ejercer una determinada actuación. Por su parte, la *ejecutoriedad*,

> puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto éstos imponen deberes o restricciones de los administrados, que pueden ser realizados aún contra la voluntad de los mismos, por medio de los órganos administrativos[207].

La *ejecutoriedad* supone la ejecutividad. "Para que un acto administrativo sea ejecutorio debe tratarse de un acto 'presumiblemente' válido, que goza de presunción de legalidad y ejecutividad y haya sido notificado"[208].

---

207 DROMI, Roberto: *El acto administrativo*. Pp 91-98. (Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1977).

208 *Ibid.* Pp 96.

5. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como ocurre en los procesos civiles y penales, puede haber personas que se consideren lesionadas en sus derechos e intereses, por las decisiones de la administración. En tal caso, se abre la posibilidad de que el perjudicado ejerza una serie de recursos: primero, ante los órganos de la propia administración (recursos administrativos); después, ante los órganos del poder judicial (recurso contencioso-administrativo).

A. Recursos Administrativos

Son tres:

a) Recurso de *reconsideración,* que se interpone ante el mismo órgano administrativo que dictó el acto, pidiéndole que "reconsidere" las razones que motivaron su decisión. Por ejemplo, si el Consejo de la Facultad de Derecho ha tomado la resolución de expulsar a un alumno por tres meses a causa de irregularidades cometidas en un examen, el alumno puede pedir al mismo Consejo que "reconsidere" esta decisión y le rebaje la sanción a un solo mes de expulsión.

b) Recurso *jerárquico.* Procede cuando el órgano que haya conocido el recurso de reconsideración ratifica su primera decisión sin atender a lo solicitado por el recurrente. En este caso, se puede recurrir ante el superior jerárquico administrativo del que dictó el acto o resolución. En el ejemplo anterior, el estudiante sancionado recurriría ante el Consejo Universitario. En caso de que el solicitante no obtuviera su petición, todavía le queda dentro de la vía administrativa un tercer recurso que puede calificarse de "extraordinario": el de revisión.

c) Recurso de *revisión.* Este recurso procede, dentro de los lapsos señalados en la ley, en tres casos: –cuando hubieren aparecido *pruebas esenciales* para la tramitación del asunto, que no estaban disponibles para la época de tramitación del expediente; –cuando en la resolución hubieran influido, en forma decisiva, *documentos o testimonios declarados falsos* por sentencia judicial definitivamente firme; –cuando la resolución hubiese sido adoptada por *cohecho, violencia, soborno* u otra manifestación

fraudulenta, y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial definitivamente firme[209].

Todavía queda a los interesados el recurso "contencioso-administrativo, por medio del cual pueden someter al control del Poder Judicial la actividad de la Administración[210].

B. *Recurso Contencioso-Administrativo*

a) *Sistema de organización de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Aunque casi todos los ordenamientos jurídicos establecen esta jurisdicción para controlar y evitar los abusos de la Administración Pública, son tres los sistemas de organización de la jurisdicción contencioso-administrativa:

1. Sistema de los órganos jurisdiccionales situados en el seno de la misma administración. Es el caso típico francés, en el que el "Consejo de Estado" es, a la vez, órgano consultivo de la administración y tribunal administrativo. En este sistema, el principio de separación de poderes se aplica con sumo rigor, ya que el Poder Judicial no conoce de las reclamaciones contra los actos de las autoridades administrativas.

2. Sistema de órganos jurisdiccionales encuadrados en la organización judicial que conocen de las reclamaciones y peticiones derivadas de la actuación administrativa. Entre otros países, éste es el sistema venezolano, pues la Constitución, en su artículo 259 pauta que:

> La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder;

---

209 BREWER CARIAS, A. Randolph: El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. P. 207. (Edit. Jurídica Venezolana).

210 LARES MARTÍNEZ: *Op. cit.*, p. 683.

CAPÍTULO XII

RELACIÓN JURÍDICA

I. NOCIONES GENERALES: 1. Etimología y concepto. 2. Relaciones humanas y sus clases. 3. Relaciones jurídicas. 4. Definición. II. FENOMENOLOGÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA: 1. Estructura. 2. Elementos. III. TEORÍAS SOBRE LA RELACIÓN JURÍDICA: 1. Teoría de los dos sujetos. 2. Teoría del derecho sobre el objeto. 3. Teoría de VON THUR. 4. Teoría de KELSEN. 5. Teoría de NAWIASKY y J. BARBERO. IV. CLASES DE RELACIONES JURÍDICAS: 1. Por su estructura. 2. Por su contenido, finalidad y principios organizadores. V. SITUACIÓN JURÍDICA. 1. Definición. 2. Clases. 3. Observaciones.

Así como la norma jurídica es el núcleo fundamental del Derecho considerado en su aspecto objetivo, la relación jurídica constituye su elemento más importante desde el punto de vista subjetivo. Por eso se ha dicho que *norma y relación jurídica* son los dos ejes principales en torno a los cuales se estructura el Derecho y se desenvuelve su vida.

I. NOCIONES GENERALES

1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO

Etimológicamente del participio pasivo *re-latum* ("conllevado", "enlazado con", "referido a"), relación que equivale a *comunicación* entre dos o más seres. En este sentido, el universo, el mundo, los hombres, nos aparecen como un conjunto de seres envueltos en una innumerable serie de relaciones mutuas.

Reduciendo nuestra observación a la vida humana, ésta se nos muestra eminentemente social y, por lo tanto, intensamente relacionada. En el hombre, "existir" es "coexistir", es decir, "existir-con-otros". Toda su actividad estará necesariamente "referida" a otras personas o cosas.

Por otra parte, es claro que el entretejido de relaciones que produce la vida del hombre en sociedad no puede ser disperso y anárquico. Es necesario un orden, o mejor, una serie de órdenes que –sin perjuicio de la libertad– circunscriban esta actividad desde diversos ángulos, de suerte que quede delimitada por las varias modalidades del orden social: así aparecen los órdenes normativos de la conducta humana –moral, religión, derecho y convencionalismos sociales–, con sus finalidades específicas como reguladores y "ordenadores" del complejo de relaciones humanas.

2. RELACIONES HUMANAS Y SUS CLASES

Entendemos, pues, por "relaciones humanas", "relaciones de hecho o de vida", los contactos o lazos de todo tipo que se establecen en la vida social entre los miembros de la comunidad.

Las "relaciones de vida", siempre se dan desde una persona con referencia a otra u otras personas. Nos parece que no se puede hablar de relaciones "sociales" sino entendiendo como tales únicamente las que se dan entre personas (no entre persona y cosa), ya que se trata de relaciones "humanas". Sin embargo, es verdad que tales relaciones pueden producirse de dos maneras: directamente entre personas "con referencia a" un objeto (cosa, servicio, prestación), o indirectamente entre personas "a través de" un objeto (cosa o derecho). Por ejemplo: el obrero X hace un contrato de trabajo con el patrono Z; en este caso, X se relaciona directamente con Z "con referencia a" un trabajo y un salario (objetos de la relación). En la finca de A entra el ganado de B y le produce daños: en este segundo caso, A entra indirectamente en relación con B "a través de" su propiedad en la que se han ocasionado perjuicios.

Por ahora es suficiente. Al final del número siguiente completaremos esta definición desarrollando algunos elementos que aquí están solamente insinuados y añadiendo otros nuevos que nos ampliarán la imagen entera de la relación jurídica.

II. FENOMENOLOGÍA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

1. ESTRUCTURA

La relación jurídica se integra o estructura sobre estas dos bases o supuestos: un *sustrato material* constituido por la *relación de vida* apta para la regulación jurídica; y una *investidura formal* que consiste en la *norma jurídica que* "asume" o integra la relación de vida en su supuesto de hecho, y le "atribuye" consecuencias jurídicas manifestadas ordinariamente en facultades de poder a favor de una persona y deberes correlativos en otra.

¿Cuál de estas dos bases o supuestos es más importante? Sin querer entrar en la discusión, diremos que la solución depende --en el fondo– del punto de vista o filosofía de cada autor. Para Savigny y el sociologismo, por ejemplo, la esencia de la relación jurídica estará en la relación social que es el presupuesto o sustrato de la norma; para otros, más modernos como Von Thur, estará en la norma, más concretamente en su consecuencia jurídica, ya que sin esta "investidura formal" nunca se podrá tratar de relación "jurídica"; todavía más avanzan Kelsen[213] y los autores venezolanos Pizani[214] y Delgado Ocando[215], en el sentido de considerar que la relación jurídica no es una cosa distinta de la norma, sino que la relación jurídica "es" la propia norma.

---

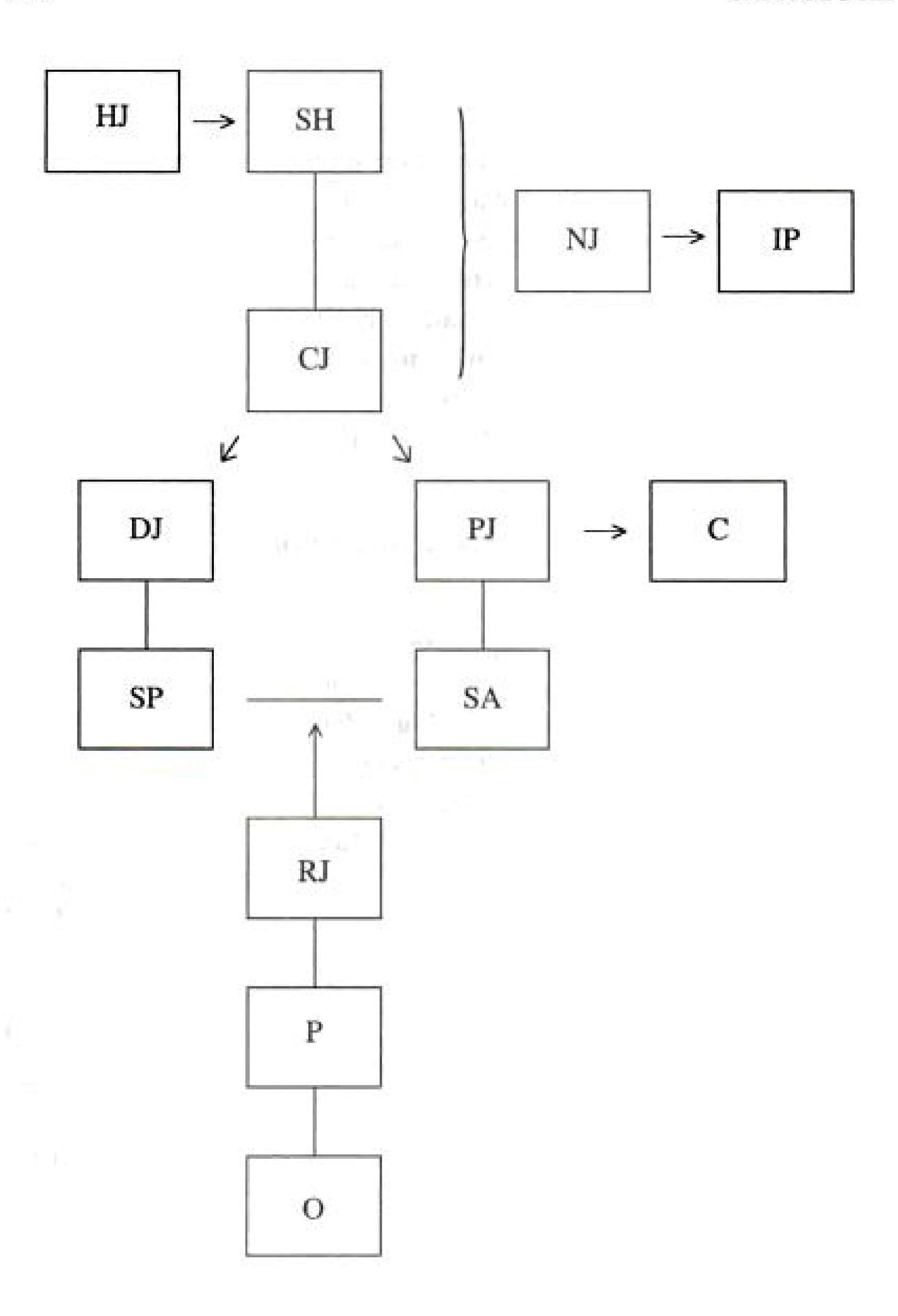
213. KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho* (Eudeba, Edit. Universitaria, Buenos Aires, 1960), p. 118.
214. PIZANI, Rafael: *Introducción al Derecho* (Apuntes multigrafiados de la UCV, Caracas, p. 144.
215. DELGADO OCANDO, José Manuel: *Apuntes de introducción al Derecho* (Universidad del Zulia. 1961), p. 1.

2. ELEMENTOS

No están de acuerdo los autores respecto a los elementos de la relación jurídica. Algunos enumeran seis; otros, cuatro o tres. ¿Por qué esta diversidad? Partiendo de la esencia de la relación que es el "nexo" o "vínculo" entre personas, aparecen conectados con ella varios elementos que, según su proximidad y su influencia mayor o menor, son aceptados o no por los autores. Nosotros, pensando en que todos ellos tienen importancia para ofrecer una visión completa de la relación jurídica, los analizaremos indicando el carácter o determinación específica de cada uno de ellos.

Nos ayudará el siguiente gráfico que iremos desarrollando en un ejemplo concreto.

Ejemplo: el chofer X, culpablemente, choca contra el auto de Z y le causa desperfectos. En virtud de la norma jurídica según la cual "el que con intención, culpa o negligencia causa daño a otro está obligado a repararlo" (Art. 1.185 CCV); entre estas dos personas, X y Z, nace o se produce una "relación jurídica" (RJ), es decir, un nexo o vínculo, a raíz del "hecho jurídico" (HJ), el choque previsto en el "supuesto de hecho" (SH) de la "norma" (NJ), al cual ésta atribuye consecuencias jurídicas. En efecto, la norma impone a X, "sujeto pasivo" u "obligado" (SP) el "deber" (DJ) de reparar los daños causados; también atribuye a Z, "sujeto activo", "pretensor" o "legitimado" (SA), el "poder" (PJ) de exigir de X dicha reparación, poniendo a su disposición los medios coercitivos del Estado, la "coacción" (C) para el caso en que X no cumpla su deber espontáneamente. El acto de reparar el daño causado constituye la "prestación" (P) que X debe realizar, la cual tiene su contenido, materia u "objeto" (O) que, en nuestro caso, será la suma de dinero que vale la reparación. Finalmente, aparece también el "interés protegido" (IP) por la norma, o sea, que nadie resulte perjudicado por las acciones culposas de otra persona, interés que el legislador valora como indispensable para el bien común y el orden social.



Encontramos, pues, más o menos directamente vinculados con la relación jurídica estos elementos:

el sujeto activo goza de una situación de "poder" porque este concepto es más amplio que "Derecho subjetivo", noción más técnica y restringida que no existe en todas las relaciones jurídicas a favor del "pretensor", como veremos más adelante. Y decimos "correlatividad de situaciones" porque en la vida real abundan más las relaciones jurídicas "recíprocas" en las que una misma persona es, a la vez, pretensor y obligado: en una relación jurídica de compraventa, por ejemplo, el comprador tiene "poder" (en este caso "Derecho subjetivo") de exigir al vendedor la entrega de la cosa comprada, pero tiene también la "obligación" de pagar el precio estipulado; a su vez, el vendedor, "deberá" entregar la cosa y "podrá" exigir el precio estipulado; ambos sujetos se hallan, pues, en una doble situación de "pretensores" y "obligados"[217].

C. Elemento condicionante

La relación jurídica se origina a consecuencia de un "hecho condicionante" o *hecho jurídico* previsto en el "supuesto de hecho" de una norma por haber sido considerado "jurídicamente relevante". Con él surgen –también desaparecen– relaciones jurídicas, actuales o potenciales. Dado el hecho de la mayoría de edad, se extinguen la relación de pupilo a tutor y nace la posibilidad de que aquél entre en relaciones jurídicas que antes le estaban prohibidas; dado el hecho natural de la muerte de una persona, nace la relación jurídica entre los herederos y los legatarios. En los ejemplos expuestos los hechos son involuntarios; otras veces son voluntarios o "actos jurídicos" que, a su vez, pueden ser "lícitos" o "ilícitos" según se hayan efectuado en conformidad con el ordenamiento jurídico –vgr., un contrato celebrado de acuerdo a la ley– , o en su contra –vgr., un robo. Bien se trate de "hechos" de la naturaleza o de "actos", tanto lícitos o ilícitos–, su función es de "elemento condicionante" de la relación jurídica establecida por la norma que los ha previsto en su "supuesto de hecho".

---

217. NAWIASKY, Hans: *Teoría general del Derecho* (Ed. Rialp, Madrid, 1962), p. 232.

D. *Elemento objetivo*

La relación jurídica que tiene lugar entre sujetos de Derecho, versa sobre "algo" que se les subordina por su valor o utilidad y que constituye el objeto de la misma; puede consistir en cosas o servicios del hombre, pero nunca éste puede convertirse en objeto de la relación. La razón es que el hombre renunciaría a su dignidad convirtiéndose en un simple medio (objeto) para los fines de otra persona: de ahí por ejemplo, la ilicitud del pacto de darse perpetuamente en servidumbre o esclavitud, lo cual implica renunciar a la dignidad de persona. En cambio, todas las cosas de la naturaleza y los seres vivos que no son el hombre, pueden constituir el "objeto" de relaciones jurídicas. Ahora bien, siendo así que las cosas sólo entran como objeto de la relación a través de un quehacer humano, podemos decir que el objeto de la relación "en sentido propio", es una *prestación* (de dar, hacer o no hacer), la cual constituye para el sujeto pasivo el contenido del "deber" y para el sujeto activo el de su "poder" (en muchos casos su "Derecho subjetivo"); la *cosa* será la "materia" de la prestación que, "en sentido menos propio", también se denomina "objeto" de Derecho (objeto "práctico" de Derecho).

E. *Elemento coactivo*

El Derecho tiene interés en garantizar el cumplimiento de la "prestación", objeto de la relación jurídica. De aquí la necesidad de un elemento coactivo para obligar al sujeto pasivo a realizarla en caso de que no lo haga espontáneamente. En el Derecho Privado, casi siempre corresponde al sujeto activo promover la coacción mediante una manifestación de su voluntad, o sea, ejercitando su "Derecho subjetivo".

F. *Elemento causal*

Hemos hablado de un "poder" y de un "deber" establecidos en el ordenamiento jurídico y atribuidos respectivamente a los sujetos pretensor y obligado de la relación jurídica; y también de una "coacción". Nos preguntamos: ¿Por qué razón han sido establecidos tal poder, tal deber y tal coacción? Sin duda, para proteger o garantizar un "interés"; pero no un interés de tal o cual persona, sino un *interés social* que considerado

2. TEORÍA DEL DERECHO SOBRE EL OBJETO

Para esta teoría, que mantiene el criterio del Derecho romano, relación jurídica "siempre es el vínculo entre una persona (sujeto activo) y un objeto"[222].

Ya hemos establecido que, para nosotros, la relación del hombre con las cosas es únicamente "de hecho" o "de poder", pero no una relación jurídica. Si admitiéramos esta teoría, nos serviría para explicar los derechos "absolutos" cuyo objeto es una cosa "material"; así, vgr., en la propiedad, la relación jurídica se da entre el dueño y la cosa de la que se es propietario. Pero se presenta oscura en estos dos casos: primero, en los derechos absolutos de contenido "inmaterial", vgr., el derecho al honor[223]; y segundo, en los derechos "relativos". En ambos, la dificultad se encuentra en la determinación del objeto.

En cuanto a los derechos de crédito, algunos autores sostienen que "en realidad, el sujeto activo tiene una facultad o poder sobre los bienes del deudor". La diferencia –dice– está en que, cuando se trata de un derecho real (absoluto), el poder se ejerce sobre una cosa determinada, mientras que, en los derechos de crédito, la pretensión del sujeto activo recae "indeterminadamente sobre la colectividad de bienes del sujeto pasivo". No nos convence esta argumentación porque, si bien es cierto que el sometido por una obligación personal compromete todos sus bienes a su cumplimiento, sin embargo, no se puede aceptar que la relación jurídica se dé entre el acreedor y un objeto. Los bienes del deudor sirven de "garantía" para el caso de incumplimiento de su obligación; pero no se debe confundir esa garantía que "se deriva" del crédito, con el derecho mismo de crédito, que es claramente "interpartes".

---

222. DU PASQUIER, Claude: *Op. cit.*, p. 118.

223. El objeto, en estos derechos de la personalidad, es "la envoltura del yo", es decir, el conjunto de atributos mentales y morales inseparables de la personalidad. Ibíd., p. 118.

3. TEORÍA INTERMEDIA DE VON THUR

Para este autor, entre otros,

> no es necesario buscar de manera forzosa una explicación única para todos los tipos de relaciones jurídicas. Puede haber relaciones jurídicas entre una persona y una cosa, como es el caso del propietario respecto del objeto de su propiedad, pero también pueden existir relaciones entre dos personas[224].

Por consiguiente, según estos autores, los derechos reales se explican por lo tanto, es "inmanente" a ella e independiente de toda realidad relación entre dos personas.

4. TEORÍA DE KELSEN

Para el creador de la Teoría Pura del Derecho "la relación jurídica no es un vínculo entre personas, ni tampoco entre personas y cosa, sino que se establece entre "conceptos" contenidos en la norma y, por lo tanto, es "inmanente" a ella e independiente de toda realidad extrajurídica".

Explicamos brevemente su pensamiento: según la teoría tradicional, al explicar los conceptos fundamentales del orden jurídico, se trata de buscar los sustratos reales en los cuales aquellos conceptos puedan materializarse. Pero la teoría pura del Derecho, fiel a su postulado de "pureza metódica", se levanta contra esto y sostiene que "la esencia de lo jurídico es independiente de aquellos sustratos materiales, que son *metajurídicos"*.

Por ejemplo, para que exista una relación "jurídica" de compraventa, no hace falta que haya el vendedor, el comprador, la cosa y el precio. Basta que exista la norma jurídica en la cual se prevea un supuesto normativo y una consecuencia; la relación jurídica existirá independientemente de que en la vida real se realice o no lo previsto por la norma. ¿Por qué? Porque desde el momento en que existe una norma, empieza a

---

224. Admiten esta teoría, entre otros ENNECCERUS, DEMBURG, RUGGIERO, DE BUEN, LEHMAN, etc. Ver CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español* (Edit. Reus, Madrid, 1956), Tomo II, Vol. II, p. 12.

existir la relación jurídica. Pero, ¿entre quiénes? No hay que preguntarse "entre quiénes", sino, ¿entre qué elementos?: la relación jurídica se establece entre el "supuesto normativo" y la "consecuencia jurídica", al margen de aquellos elementos materiales que pueden servirle de sustrato y que son "metajurídicos". Por eso, la relación jurídica es "inmanente" a la norma. Aunque nunca se haga efectiva una norma en la historia de una colectividad, la relación jurídica existirá –entre el supuesto y la consecuencia– desde el momento en que la norma tenga su validez formal. En consecuencia, para KELSEN, no es necesario que ocurra el "hecho condicionante" para que exista la relación jurídica "inmanente" a la norma.

Ahora bien, como el Derecho consiste esencialmente en un orden coactivo, la relación jurídica será el vínculo que une "una conducta prevista en el supuesto de hecho de una norma y el acto de coacción destinado a sancionar aquella conducta"[225]. Recordemos que KELSEN llama "norma primaria" ("si no es B debe ser C") a la que contiene, como consecuencia jurídica el acto sancionador. De esta relación resultará el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción ("si es A debe ser B").

En otras ocasiones hemos expuesto nuestro criterio sobre el formalismo jurídico de la Escuela de Viena. Sin querer repetirnos otra vez, recordamos a sus aspectos positivos: claridad lógica y depuración del Derecho. Pero, ante el planteamiento kelseniano de la relación jurídica, se afirma aún más en nosotros el pensamiento de que "si es bueno depurar el Derecho, es malo depurarlo tanto que llegue a *desencarnarse* de la realidad social", como lo hace el formalismo. No le vemos ningún sentido a un sistema de relaciones jurídicas "en el aire", "inmanentes a las normas". Pensamos que el Derecho tiene un fin "intrínseco *(finis operis),* crear un orden social, justo y adaptado a la realidad histórica; para conseguirlo, los conceptos lógicos de la norma deberán contar con la realidad, o sea, con los "datos reales" (personas, objetos...) en los que "encarnarán" aquellos conceptos. Por eso, la valoración axiológica, el "elemento causal" nos parece indispensable en la relación jurídica; de lo contrario, el Derecho no ofrece ninguna garantía a la persona humana ni al orden social. Dentro

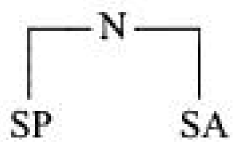
---

225. KELSEN, Hans: *Op. cit.* p. 118.

del formalismo, ¿no sería perfectamente válida una norma tan monstruosa, por ejemplo, como la siguiente: "El que no proporcione la muerte a su padre o madre inválidos será sancionado con multa de 1.000 a 10.000 bolívares"? El formalismo dice que la valoración de esa conducta no interesa al Derecho, aunque admite que el hombre puede y aun debe tenerla en cuenta "como político" o "como moralista". Preferimos pensar que también debe tenerla en cuenta "como jurista".

5. TEORÍA DE NAWIASKY Y J. BARBERO

Estos autores tienen la originalidad de exponer dos conceptos de relación jurídica: en *sentido amplio* es la vinculación entre la norma y su destinatario, el sujeto pasivo; en *sentido estricto,* el nexo entre éste y el "legitimado" por la norma, el sujeto activo. Como vemos, la relación jurídica en este último sentido coincide con el concepto que hemos expresado en la definición. La novedad está en que, para NAWIASKY, cuando se habla de relación jurídica en sentido *estricto* no puede olvidarse la relación de ambos sujetos con la norma que "obliga" a uno y "legitima" al otro para actuar dentro de ciertos límites, o sea, ha de estar presente la relación jurídica en sentido amplio. Es decir, estos autores conceden tanta importancia a la función de la norma, que el nexo de la relación jurídica no es un nexo directo de los dos sujetos activo y pasivo, sino "indirecto, a través de la norma". El diagrama tradicional SP – SA, se reemplaza por este:



Con esta explicación queda destacada notablemente el valor de la norma al explicar la relación jurídica, aunque sin llegar al extremo de considerar metajurídico a todo lo que no esté "inmanente" en la norma, como lo hace la teoría pura del Derecho[226].

226. Ver la "teoría de la condición de los sujetos en la relación jurídica", en el Tomo II de *Introducción al Derecho,* p. 156.

IV. CLASES DE RELACIONES JURÍDICAS

Las relaciones jurídicas pueden ser clasificadas desde varios puntos de vista. Indicaremos solamente las más elementales y orientadoras, de acuerdo a la finalidad de nuestra asignatura.

1. POR SU ESTRUCTURA

Se dividen en relaciones jurídicas *simples y complejas*. En las primeras existe un solo vínculo entre el sujeto activo y el pasivo, vgr., en el contrato unilateral de donación en el que existe un solo "poder", y una sola "obligación" a cargo del donante; en las segundas hay una pluralidad de vínculos, ya en su forma más sencilla de relación *recíproca* (vgr., en la compraventa, como dijimos más arriba), o en otras más complicadas en las que aparecen varias personas entre las que media pluralidad de vínculos jurídicos, por ejemplo: en el contrato de sociedad.

2. POR SU CONTENIDO, FINALIDAD Y PRINCIPIOS ORGANIZADORES

Entre ellas se encuentran:

A. Las relaciones jurídicas de *naturaleza pública* u organizadoras del Estado y de las relaciones entre éste y los particulares en los casos en que aquél actúe investido de *imperium*; y

B. Relaciones jurídicas *privadas*, entre los particulares o entre *éstos y los órganos del Estado cuando actúan sin autoridad*. A su vez, dentro de estas últimas distinguimos las siguientes clases:

a) *De Estado,* que se derivan del distinto puesto de la persona en la sociedad civil (vgr., soltero, casado, divorciado, menor de edad, etc.);

b) *Familiares,* que resultan del distinto puesto de cada uno de los miembros de la familia;

c) *De cooperación social,* dentro de las cuales se pueden distinguir las "sociales" o relaciones resultantes de la situación de las personas como

sus elementos, la relación jurídica, para analizarla en sus puntos fundamentales. Pero las relaciones jurídicas no se dan aisladas; forman, más bien, la tupida red de derechos y obligaciones en que está sumida la persona. Este conjunto de derechos y deberes que tenemos frente a una sociedad y sus miembros constituye *la situación jurídica.*

1. DEFINICIÓN

Situación jurídica es: "el conjunto de derechos y deberes –determinados o eventuales– que el Derecho atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones"[230].

Por ejemplo, la situación de la mujer casada, del menor, del heredero, etc., formadas cada unas de ellas, por un "haz" de derechos y obligaciones. Se entiende, pues, que la situación jurídica, frente a la relación, hace la función de lo compuesto respecto de lo simple. En la definición aparecen las palabras "derechos y deberes *determinados o eventuales*". En efecto, una situación jurídica puede comprender, a la vez, relaciones jurídicas nítidamente formadas y "posibilidades": vgr., el accionista, en la época de distribución de un dividendo, tiene la facultad de cobrarlo (derecho "determinado") y, al mismo tiempo, derecho de vender sus acciones (derecho "eventual", o sea, que todavía no se ha plasmado en una relación jurídica concreta).

2. CLASES

La clasificación más importante de las situaciones jurídicas es la que las divide en fundamentales y derivadas.

A. *Fundamentales:* las que dependen del estado y capacidad de las personas. Son más genéricas, más uniformes.

B. *Derivadas:* las que puede crear el sujeto sobre la base de las anteriores. Por ejemplo, la situación jurídica de corredor de comercio es derivada respecto a la situación de comerciante.

---

230. DU PASQUIER, Claude: *Op. cit.*, p. 120.

3. OBSERVACIONES FINALES

Ya hemos indicado que la situación jurídica es un concepto más amplio y comprensivo que el de relación: no sólo abarca muchas de éstas sino que las integra en un conjunto completo y armónico de poderes y deberes; la persona tiene unos y otros inseparablemente unidos consigo mismo en la situación jurídica que le corresponda. Por eso, la situación jurídica refleja mejor la estabilidad del Derecho que la relación, ya que aquélla sugiere una postura o condición más duradera y constante que éstas: en efecto, cada "relación jurídica" es un vínculo muy accidental que puede desaparecer con facilidad sin que se altere la "situación" de la persona.

Finalmente, hacemos notar que la relación jurídica no abarca todo el Derecho: no toda norma jurídica tiene por efecto necesario el nacimiento de una relación, ni tampoco ésta es omnipresente en el Derecho. Por ejemplo, en el caso del artículo 137 del Código Civil venezolano que confiere a la mujer el apellido de su marido si ella lo pide, ¿dónde está la relación? ¿quién es el sujeto pasivo? ¿cuál es la prestación? ¿se podría responder que nos hallamos ante uno de los casos de derecho "absoluto" con el correspondiente sujeto pasivo universal y la prestación de la abstención? En el caso de los deberes que pesan sobre las autoridades superiores de un país sin que ningún otro sujeto esté facultado para exigir su cumplimiento, ¿dónde está el sujeto activo de la relación? Es fácil contestar que el pueblo, la nación o el Congreso Nacional, llamados a controlar la gestión gubernamental: pero esta explicación corresponde más a una realidad moral que a una construcción estrictamente jurídica[231]. Por lo cual estimamos con Egaña que todavía no se ha llegado a una solución verdaderamente satisfactoria, para explicar uniformemente toda la serie de vinculaciones que producen efectos jurídicos y que son nexos de naturaleza sumamente variada. Existe, sin embargo, entre ellas una característica común: que produce efectos jurídicos, también muy variados, en virtud del reconocimiento que de su sustrato material hace una norma de Derecho[232].

231. Ibíd. p. 120.
232. EGAÑA, Manuel Simón: *Op. cit.*, p. 187.

CAPÍTULO XIII

EL SUJETO DE DERECHO

I. NOCIONES GENERALES. 1. El sujeto de Derecho. 2. Sujeto y objeto. II. PERSONAS COMPLEJAS O COLECTIVAS. 1. Breve reseña histórica. 2. Concepto y definiciones. III. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS COMPLEJAS O COLECTIVAS. 1. Teorías negativas. 2. Teorías positivas. 3. Crítica. IV. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS COLECTIVAS.

Después de estudiar la relación jurídica en una visión de conjunto, es importante detenerse en el examen de cada uno de los elementos de la misma. El primero que se presenta es el sujeto de Derecho.

I. NOCIONES GENERALES

1. EL SUJETO DE DERECHO

El hombre, la persona humana, es el eje alrededor del cual gira el Derecho y para quien el Derecho positivo se establece. Es "sujeto" de Derecho en dos sentidos:

A. Está "sujeto", es decir, está "sometido al" ordenamiento jurídico; y

B. Es sujeto, es decir, "titular de" las facultades o poderes que el Derecho le confiere.

Por eso, desde el punto de vista jurídico, a la persona humana se le llama *sujeto,* ya se le considere como "sometido a" las normas jurídicas o como "titular de" las facultades o poderes que las normas jurídicas le

personalidad jurídica, la capacidad jurídica y capacidad de obrar. A continuación viene la consideración de las personas individuales y complejas o colectivas.

Como nuestro pensum incluye en primer año la asignatura Derecho Civil I (Personas), damos por vistos la mayoría de estos problemas estudiados allí con mayor amplitud. Unicamente completaremos la materia de las personas complejas o colectivas con algunas indicaciones históricas y conceptuales y el estudio de las teorías sobre su naturaleza jurídica.

II. PERSONAS COMPLEJAS O COLECTIVAS

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Como el hombre es un ser sociable por su misma naturaleza, es una realidad histórica que esta tendencia del hombre a reunirse en grupos más o menos extensos ha determinado la existencia de personas complejas en todos los tiempos. Sin embargo, la doctrina y sistematización legislativa de dichos organismos es muy reciente.

A. En Roma aparecen cuatro tipos de organismos de esta naturaleza:

a) Las corporaciones en sentido amplio *(universitates, civitates, municipia, colonia, vici)*;

b) Las fundaciones *(piae causae)*;

c) El tesoro del Estado *(fiscus)*; y, según la opinión común,

d) La herencia yacente.

Como estudiaremos *infra,* al tratar del patrimonio, la "universitas" era considerada como cosa distinta de los miembros, como algo global, totalitario, sin ninguna relación con los elementos que la integran.

B. La Edad Media es la época donde se plantea fundamentalmente la cuestión de las personas complejas. Aunque el Derecho germánico desarrolló varias formas de asociaciones, no llegó a considerarlas como

algo distinto de los elementos que las integraban. Fue el gran desenvolvimiento de la vida corporativa medieval, como se estudia en Sociología Jurídica (gremios, hermandades, cofradías...), unido al influjo de la Iglesia y al debilitamiento del poder real, lo que hizo que los civilistas y canonistas profundizaran en el estudio y prepararan el camino para el desarrollo y reglamentación jurídica de las personas complejas.

C. La revolución francesa, esencialmente liberal e individualista, estimó que entre el individuo y el Estado no debían existir grupos intermedios. La célebre Ley Chapelier suprimió las ya decadentes corporaciones y durante todo el siglo XIX el Derecho francés exigía la declaración de pública utilidad para toda asociación que aspirara a ser reconocida jurídicamente. Sólo a partir de 1901 se inicia un régimen de mayor libertad.

D. La doctrina científica construyó la primera teoría genérica sobre las personas complejas o colectivas en 1808 (HEISE). Y el primer Código Civil a quien cabe el honor de haberles destinado un título fue el Código de Chile, elaborado por nuestro Andrés BELLO en 1865. Después siguieron los demás, destacando el Código alemán por contener el primero, una acertada reglamentación de las personas complejas o colectivas.

2. CONCEPTO Y DEFINICIONES

A. Para HORMAECHE:

Persona compleja o colectiva "es la unión moral y estable de varias personas que pretenden un fin a través de sus actos".

Es necesario analizar este concepto; decimos:

Unión... significa "vinculación de varios en una unidad", porque una persona compleja no es una multitud desorganizada sino un grupo unido, y por lo tanto que forma una "unidad"; esta unión es:

Moral... propia del hombre, es decir, producida por vínculos no físicos sino espirituales, "morales", que unen la actividad humana racional

decir, la crea, cuando considera que es exigida por la naturaleza de las cosas en determinadas circunstancias.

Ahora bien, como no siempre el Derecho positivo está al tanto del momento de evolución de la sociedad, o también porque pretende una excesiva intervención en el campo privado, ocurre no pocas veces que algunas personas complejas, de auténtica existencia real y moral, no son personas jurídicas porque no han obtenido el reconocimiento del Derecho, vgr., las agrupaciones obreras libres en países donde están prohibidas; a la inversa, el Derecho no pocas veces crea *de facto* personas jurídicas complejas de dudosa moralidad.

III. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS COMPLEJAS O COLECTIVAS

No hay duda de que el hombre es "sujeto" de Derecho y por lo tanto es persona jurídica; no hay discrepancia en este punto entre los autores. Pero no reina la misma unanimidad en lo que se refiere a las colectividades organizadas, defendiéndose varias teorías para explicar el fenómeno de la personificación de estos grupos humanos. Las más importantes pueden ser agrupadas en dos grandes campos:

1. Las que niegan la realidad de las personas complejas, y

2. Las que la afirman.

Dentro de cada grupo existen matices interesantes que conviene destacar.

1. TEORÍAS NEGATIVAS

Entre ellas merecen destacarse:

A. *Teoría que niega la sustantividad de las personas complejas o Teorías de la Ficción (SAVIGNY)*

Partiendo de que sólo el hombre puede ser sujeto de Derecho, porque fuera de la persona física no existen en realidad otros entes capaces, concibe

a la persona jurídica como una pura ficción. El legislador le otorga capacidad jurídica, no porque esas personas la tengan, sino porque necesita que esos grupos tengan órganos unitarios para ejercer los derechos y deberes que exigen sus intereses comunes; pero en el fondo los verdaderos titulares del Derecho son las personas físicas que las integran.

Esta teoría se inspira en la tradición romana. Toma gran predominio en el siglo XIX, particularmente en Francia, donde había de rimar perfectamente con el espíritu de desconfianza con que fueron miradas por el Estado francés las corporaciones en dicho siglo; pero hoy se halla en manifiesta decadencia, pues su hipótesis del artificio legal no resuelve el problema.

Esta doctrina, dice RUGGIERO, parte del principio de que el sujeto no puede ser más que el hombre; pero como no crea un nuevo sujeto, nada se consigue con fingir que existe.

B. *Teorías negativas de la personalidad jurídica*

Savigny negaba la "sustantividad" de las personas complejas, pero les reconocía una personalidad jurídica a base de una "ficción". Las doctrinas que ahora veremos dan un paso más y les niegan la misma "personalidad"; no tiene otra solución que recurrir a diversos expedientes para tratar de explicar la situación jurídica de los bienes que forman su patrimonio y los derechos que pueden ser ejercidos por sus representantes. Entre ellas:

a) *Teoría de "Los Derechos sin Sujeto"* (WINCHEID y BRINZ)

Los derechos de la persona compleja, en realidad no tienen sujeto. La persona compleja no es más que un "espantajo" y lo que en verdad existe es "un patrimonio que no pertenece a alguien sino a algo". Ese "algo" es el fin o destino de esos bienes a cuya realización está afectado (está ligado) el patrimonio.

Crítica: como dice CASTÁN, pronto se abandonó esta teoría, pues no se admiten de un modo permanente los derechos sin sujeto (únicamente se suelen admitir de un modo transitorio como, vgr., en el caso de la

herencia dejada a favor del "concepturus") y, además deja sin explicar los casos de personas jurídicas sin patrimonio.

b) *Teoría del "Sujeto Colectividad" o "Del Instrumento"* (IHERING)

Dice que los verdaderos sujetos de Derecho en las personas complejas son los individuos que pertenecen a ella, pero no como tales individuos, sino "como miembros del todo social", y en cuanto a favor de ellos se desarrolla la actividad de la persona jurídica; es decir, los verdaderos sujetos de Derecho en las personas complejas son los destinatarios. La persona compleja no es pues otra cosa que un instrumento destinado a remediar la falta de determinación de los sujetos. En las fundaciones, los sujetos de Derecho serán los enfermos, pobres, sabios, etc., es decir, las personas beneficiadas.

A esta teoría se le formula la siguiente *Crítica:* que confunde el goce de beneficios que se obtiene de la persona compleja con el derecho del propietario de la misma. Los enfermos de una ciudad no son los dueños de un hospital aunque disfruten de las ventajas de dicha fundación.

c) *Teoría de la "Propiedad-Colectiva"* (BERTHELEMY)

Sostiene que las personas jurídicas complejas no son clases de personas, sino de bienes, y explica su teoría de esta manera: la persona moral es el medio de explicar las reglas de la propiedad colectiva. Si somos cinco los propietarios de una casa podemos decir que no formamos más que un sujeto de Derecho y, para facilitar la explicación se podría decir que este sujeto es semejante a una persona; pero esta persona, lejos de ser distinta de nosotros cinco, es los cinco tomados en conjunto.

Contra esta doctrina se ha dicho, con razón, que desnaturaliza el concepto mismo de la asociación al no ver en sus grupos más que sus bienes, prescindiendo por completo de su finalidad.

CAPÍTULO XIV

DEBER JURÍDICO Y DERECHO SUBJETIVO

El tema del Derecho subjetivo, por su actualidad y por su importancia en la Teoría General del Derecho, merece ser tratado detenidamente. Manteniéndonos al nivel de esta ciencia jurídica, no nos ocupamos aquí de los derechos subjetivos que pudieran resultar por imperativo del Derecho natural, ni de si sería o no conveniente su reconocimiento por las normas de Derecho positivo: éstos son otros problemas de los que ahora, por razones de método, prescindimos. Dividimos el estudio en tres capítulos que analizarán respectivamente: el primero, las nociones de deber jurídico y de Derecho subjetivo con los sentidos y principales clasificaciones de éste; el segundo, las principales teorías acerca de su naturaleza; y, el tercero, la vida del derecho subjetivo.

Sabemos que el Derecho en su *aspecto subjetivo,* como contrapuesto al Derecho objetivo o norma jurídica, se polariza en dos extremos: activo y pasivo; el primero consiste en el "poder" o "facultad" (Derecho

subjetivo), y el segundo, en la "necesidad" o "sujeción" impuesta por la norma (Deber jurídico)[233]. Es más conveniente, a nivel de Ciencia Jurídica, comenzar por el segundo aspecto, o sea, por el "deber jurídico".

I. DEBER JURÍDICO

1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Recordamos que la norma jurídica impone a las personas a quienes se dirige, o sea, a los "destinatarios jurídicos", una determinada conducta externa porque el legislador la ha considerado "indispensable" o, por lo menos, "relevante" para el bien jurídico. Por eso, no sólo la prescribe como obligatoria, sino que además, garantiza su cumplimiento bajo la amenaza de una sanción coactiva. De ahí surge en los destinatarios la *necesidad* de observar lo impuesto por la norma, o sea, un deber jurídico. Llegamos a la definición:

Deber jurídico es la necesidad de observar una determinada conducta (acción u omisión) bajo la amenaza de una sanción coactiva impuesta por la norma en orden a obtener un bien jurídico.

Aunque gramaticalmente puedan considerarse equivalentes, sin embargo, la expresión "deber jurídico" tiene un sentido más amplio que "obligación": ésta se limita ordinariamente al campo del Derecho Privado para designar el deber del sujeto pasivo en las relaciones entre particulares, mientras que "deber jurídico es la consecuencia de todo mandato normativo.

2. CARACTERES

Frente a la idea de derecho, que implica "poder" o "facultad", la de deber significa "necesidad" o "sujeción". De aquí resulta que, mientras los derechos pueden renunciarse en muchas ocasiones, los deberes, por el

233. *Vid.* OLASO, Luis M.: *Introducción al Derecho.* Tomo I, p. 24.

contrario, son *irrenunciables*; y que, mientras los derechos de carácter patrimonial pueden, por regla general, transferirse de una persona a otra, los deberes son *intransmisibles*, unas veces en su totalidad (deberes personalísimos), y otros no admiten sustitución del sujeto obligado sin el consentimiento del derecho habiente o acreedor.

3. ELEMENTOS

En el deber jurídico encontramos los siguientes elementos:

A. Un *sujeto* dotado de voluntad y capaz. Es el *sujeto pasivo*. Es claro que, en el ámbito del Derecho Privado, para estar jurídicamente obligado se requiere, en general, la capacidad "de ejercicio" y no es suficiente la de "goce". También es claro que el sujeto pasivo ha de ser una persona distinta del sujeto activo en una misma relación jurídica, ya que nadie puede contraer obligaciones consigo mismo. Sin embargo, aquí aparece el concepto de *función jurídica* en la que se compenetran, en una misma persona y en una misma relación jurídica, el deber y el derecho. Por ejemplo: el padre tiene al mismo tiempo, el derecho y el deber de cuidar los hijos; el ciudadano, en algunos países, el derecho y el deber del voto, etc.

B. La *necesidad* de observar una determinada conducta, o "sujeción" al mandato normativo, que es la *esencia* del deber.

C. La *norma jurídica* que establece y tutela el deber exigiendo su cumplimiento bajo sanción coactiva.

D. Un *valor* o un *bien* que se protege, ya sea particular o general. Por ejemplo: las normas penales que sancionan el homicidio o el robo protegen la vida o los bienes de los ciudadanos. En atención a este bien o valor protegido, caben las siguientes modalidades de deberes jurídicos:

a) Deberes impuestos en favor de una persona determinada, que es el sujeto activo de la relación jurídica, o sea, el *titular* del Derecho subjetivo correspondiente al deber: es el caso más general en el Derecho Privado.

b) Deberes impuestos en beneficio de un tercero que *no es el titular* del Derecho subjetivo correspondiente, por ejemplo en algunos "modos o cargas" de los negocios jurídicos lucrativos.

c) Deberes impuestos en beneficio de la *colectividad,* sin que exista ningún sujeto activo titular del Derecho subjetivo correspondiente, por ejemplo, el deber de observar la Ley de Tránsito. En este caso, el Estado tiene sus fiscales para exigir coactivamente el cumplimiento de las normas; pero como toda la comunidad resulta favorecida por el cumplimiento de las mismas, se habla, en estos casos, de *ventajas* o "efectos reflejos" del orden jurídico.

Es interesante observar aquí, cómo no corresponde un Derecho subjetivo a todo deber jurídico (casos b y c) en las personas cuyo bien o interés se protege por la norma.

E. La *garantía* o *sanción* que puede revestir formas diversas (ejecución forzosa en forma personal o patrimonial, anulación de actos no ajustados al Derecho, indemnización, etc.).

Algunos autores, haciendo énfasis en considerar el Derecho como un "todo", engloban el "deber jurídico" bien en la norma, bien en la relación jurídica. Por eso definen el deber jurídico como "la norma jurídica considerada desde el punto de vista de su destinatario"[234] o como "la relación jurídica considerada desde el aspecto pasivo o de sometimiento"[235]. Sin negar la ventaja de estas concepciones desde un punto de vista sistemático del Derecho para indicar la trabazón que existe entre sus elementos, nosotros hemos preferido para mayor claridad destacar los elementos esenciales de cada uno de ellos: "deber jurídico" es la necesidad de acción u omisión en el sujeto pasivo; "relación jurídica" es el *vínculo* o nexo; "norma jurídica" es la regla de conducta de observancia obligatoria, y "Derecho subjetivo" es el *poder* o facultad de actuación del sujeto activo. Cuatro conceptos que no pueden separarse porque van indisolublemente unidos, pero que, en su esencia, son distintos.

---

234. NAWIASKY, Hans: *Teoría General del Derecho* (Rialp, Madrid, 1963), p. 214.
235. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español* (Reus, Madrid, 1955), p. 15.

II. DERECHO SUBJETIVO

El Derecho subjetivo se puede considerar en dos sentidos:

1. SENTIDO AMPLIO

En este sentido, Derecho subjetivo es: "la facultad o poder de hacer, poseer o exigir algo conforme a la norma jurídica".

Claramente aparecen en esta definición dos *elementos*:

A. *El interno* de "poder" o "señorío", que consiste en la posibilidad de hacer o querer conforme al imperativo jurídico y dentro de sus límites. Por ejemplo, el dueño de una finca puede explotarla, arrendarla, venderla, etc., según la ley, y

B. *El formal* o *externo* de "pretensión", que consiste en la posibilidad de exigir de otra persona el respeto de su poder o señorío y, consecuentemente, en la posibilidad de reaccionar contra toda perturbación que se le ocasione en el ejercicio de aquél, también dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, aquel dueño podrá defenderla por medio de un interdicto o de la acción reivindicatoria, según el caso, contra el que le moleste o le arrebate su propiedad.

En todo Derecho subjetivo existen ambos elementos, aunque aparezca más inmediatamente uno u otro según el derecho de que se trate. Así, en el derecho de propiedad se destaca más el elemento de poder o señorío sobre la cosa, mientras que en los derechos internos de crédito u obligación sobresale el externo de "pretensión", ya que se hacen valer contra una persona determinada.

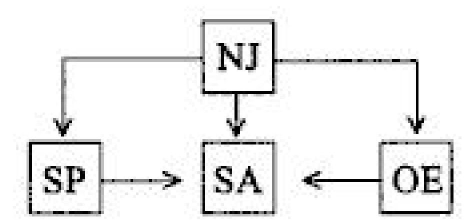
Conviene destacar, aunque ha quedado ya insinuado, que esta "pretensión" puede realizarse de dos maneras:

a) Dirigiéndose directamente a la persona perturbadora para exigirle el comportamiento debido (de abstención o respeto, o bien, de cumplimiento de su obligación, según los casos: derecho "a la prestación"); o también,

decir, la voluntad estatal está sometida a la voluntad de dicho titular, ya que ésta obliga a los órganos del Estado a ponerse en movimiento cuando invoca a su favor la tutela jurídica.

2. IMPORTANCIA DEL DEBER JURÍDICO

A. Sabemos también que a toda norma jurídica corresponde un deber jurídico; pero no siempre un Derecho subjetivo, ya que éste supone un estado de cosas más complejo que no se da en todos los casos, sino solamente cuando la sanción de este deber depende de la voluntad de otra persona. Así resulta que el deber jurídico, desde un punto de vista técnico, es el elemento central del Derecho en su aspecto subjetivo. Veamos este gráfico:



El Derecho objetivo (NJ) impone un deber jurídico (DJ) y concede a un particular el Derecho subjetivo (DS) o a un órgano estatal (OE) el poder de exigirlo.

B. De aquí se deriva que sea posible explicar íntegramente un ordenamiento jurídico por medio de un sistema de deberes jurídicos; pero es imposible hacerlo por medio de un sistema de derechos subjetivos, ya que éstos comprenden sólo una parte del ordenamiento jurídico; a saber: la que queda si se prescinde de aquella otra que sólo prescribe deberes jurídicos sin los derechos subjetivos correspondientes.

C. Aunque prácticamente nos parece irrealizable, sería sin embargo, "imaginable" un sistema de Derecho en el que no hubiera derechos subjetivos, sino sólo deberes jurídicos; en este caso, al producirse cualquier transgresión jurídica, los órganos del Estado deberían actuar "de oficio",

por propio impulso, para mantener la legalidad, ya que –por hipótesis– no podría producirse ninguna demanda o excitación por parte de los súbditos jurídicos. A esta situación se pueden aproximar, en la práctica, los ordenamientos jurídicos de algunos países totalitarios y, en teoría, la opinión de Duguit que estudiaremos en el próximo capítulo.

3. FUNCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

Es interesante observar la función que cumple el Derecho subjetivo en la creación de las normas jurídicas individualizadas, en concreto, de las sentencias judiciales y negocios jurídicos. Aquéllas dependen (casi siempre en el Derecho Privado) tanto de las normas del Derecho Procesal como de la voluntad del titular del Derecho subjetivo, que es la que promueve el procedimiento; éstos determinan los derechos y obligaciones de las partes para el caso concreto: vgr., el contrato de compraventa entre A y B sobre la finca Z contiene el monto del precio, la forma de pago, condiciones de entrega de la finca, etc., o sea, es la "norma individualizada" creada por los contratantes. De ahí, que sea verdad esta frase de KELSEN: "La concesión de un Derecho subjetivo por una norma, supone el otorgamiento de una participación en la producción del Derecho" entendida únicamente a nivel de normas individualizadas. En este sentido, no cabe duda de que el ejercicio de un Derecho subjetivo se puede situar en el mismo plano que la actividad de un órgano estatal en cuanto a la producción del Derecho[238].

4. IMPORTANCIA DEL ELEMENTO MATERIAL DEL DERECHO SUBJETIVO

A pesar de que el Derecho subjetivo en sentido restringido se refiere a la intervención de la voluntad en la aplicación de la norma secundaria o sancionadora, no creemos que el interés ni el valor fundamental del Derecho, globalmente considerados, se centren exclusivamente en esta norma. Lo que importa más a los legisladores e interesados en el Derecho,

---

238. NAWIASLY, Hans: *Op. cit.*, p. 226.

no son tanto los medios formales de defensa, cuanto la *finalidad jurídica material,* que consiste en garantizar aquellos bienes o valores humanos, económicos y sociales (vgr., disfrute de la vida y de los bienes, prestaciones de los obligados, etc.) que son necesarios para que la vida de los hombres en la sociedad pueda llevarse en una serie de condiciones (bien común) que favorezcan el desarrollo integral de las personas que constituyen la comunidad. Por eso, en el lenguaje ordinario, la palabra "Derecho subjetivo" se refiere a la pretensión material contra el obligado y no a la posibilidad de actuar coactivamente en caso de incumplimiento por parte de éste. Así, se dice que "el comprador tiene derecho a la entrega de la cosa comprada", y no se dice que "tiene derecho a exigir coactivamente la entrega de la cosa comprada en caso de que el vendedor se niegue a entregarla". En nuestro criterio, compartido por muchos autores, esta finalidad jurídica material expresada en la norma primaria, que en la mayoría de los casos se cumple espontáneamente, es un elemento *esencial* y *primordial* del Derecho, aunque también sea *esencial* y *necesaria* la posibilidad de la coacción estatal para forzar a los morosos e indolentes que no quieran cumplir sus deberes jurídicos voluntariamente[239].

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Los derechos subjetivos se pueden clasificar conforme a varios puntos de vista o criterios. Estudiaremos los más importantes.

1. POR LA CONDICIÓN DE LOS SUJETOS EN LA RELACIÓN JURÍDICA: DERECHOS PÚBLICO Y PRIVADO

Sabemos que la división fundamental de todo Derecho, objetivo y subjetivo, es la que distingue en él dos ramas caracterizadas por la actuación o no actuación del Estado en ejercicio de su autoridad: Derecho Público y Privado.

239. Ibid. p. 220.

A. *Conceptos*

En primer lugar conviene precisar las distintas formas de actuación del Estado. Entendido en sentido amplio, o sea, incluyendo estados de una federación, provincias, municipios y órganos de la administración, en la vida jurídica, el Estado puede actuar de dos maneras:

a) *Como poder público,* por medio de actos en los que ejerce plenamente su soberanía, sin que nadie pueda reclamar contra ellos; vgr., al sancionar o promulgar una ley, al suspender las garantías constitucionales, al organizar un servicio público, etc. Lo que caracteriza este modo de actuar es su unilateralidad: de acuerdo con la Constitución y las leyes (no en forma arbitraria) el Estado actúa como *poder,* sin que exista una relación jurídica entre él y otras personas y, por lo tanto fuera del campo de los derechos subjetivos.

b) *Como persona.* Al llevar a la práctica las consecuencias de sus actos de poder, nace la relación de Derecho con los particulares, y el Estado actúa *como persona.* Aparecen ahora los derechos subjetivos, ya de parte del Estado, ya de parte de las personas frente a él, para reclamarle el cumplimiento de las normas que regulan su actividad. Todavia, en este ámbito de los derechos subjetivos, el Estado puede aparecer:

• *Revestido de cierta autoridad,* vgr., al exigir el pago de impuestos, al expropiar una hacienda para ejecutar la reforma agraria, etc., o bien,

• *Como persona jurídica privada,* en situación idéntica a los demás, vgr., cuando compra, transporta, realiza operaciones de Bolsa, etc.

En ambos casos el Estado ejerce derechos subjetivos propios de su personalidad jurídica; y los particulares se encontrarán en relación de "subordinación" o de "coordinación" con él, según actúe o no revestido de cierta autoridad. Según esto,

> *Derechos subjetivos públicos* son los que nacen de las relaciones jurídicas en las que entran sujetos investidos de autoridad (bien sean relaciones de órganos públicos entre sí o de éstos con los ciudadanos particulares); *y privados,* los que forman parte de

aquellas relaciones entre particulares o entre éstos y los órganos del Estado actuando como persona jurídica privada[240].

B. *Principales derechos subjetivos públicos*

Pueden ser:

a) *Del Estado frente a los particulares.* Constituyen las prestaciones o "cargas públicas" que deben prestar las personas sometidas al Estado, bien sean patrimoniales (impuestos, contribuciones) o de otra índole (servicio militar, obligación de integrar las mesas electorales, etc.); el Estado puede exigirlos en virtud de la justicia general o legal.

b) *De los particulares frente al Estado.* Sabemos que en virtud de la justicia orgánica particular distributiva, las personas privadas tienen derechos subjetivos frente al Estado. Siguiendo la clasificación de Jellinek, los particulares se encuentran frente al Estado en tres situaciones distintas:

• *Status libertatis.* Comprende la esfera de libertad, más o menos amplia, que el Estado reconoce a los individuos y dentro de la cual no se inmiscuye con su poder. Las Constituciones reconocen en su parte "dogmática" los más importantes derechos subjetivos en esta materia (libertad, inviolabilidad de domicilio, de correspondencia, etc.).

• *Status civitatis.* Incluye aquellos derechos que permiten a los particulares reclamar la intervención de un órgano estatal en su favor: por ejemplo, el "derecho de acción", que asegura los derechos civiles y patrimoniales.

• *Status activae civitatis.* Se refiere a los derechos políticos otorgados por las leyes a los ciudadanos haciéndoles participar directa o indirectamente en el ejercicio de la soberanía, por ejemplo, el derecho al sufragio activo y pasivo[241].

---

240. Ver *supra*, p. 210.
241. MOUCHET y ZORRAQUIN: *Introducción al Derecho* (Ed. Perrot, Buenos Aires, 1957), p. 122.

CAPÍTULO XV

NATURALEZA DEL DERECHO SUBJETIVO

I. TEORÍAS DE BASE PSICOLÓGICA. 1. Teoría de la voluntad. 2. Teoría del interés. 3. Teoría ecléctica II. TEORÍAS QUE NIEGAN EL DERECHO SUBJETIVO. 1. Teoría de Duguit. 2. Teoría de Kelsen. 3. Teoría de Delgado Ocando. 4. Comentario de las teorías que niegan el Derecho subjetivo. III. TEORÍAS DE BASE NORMATIVA. 1. Exposición. (Figuras del Derecho subjetivo). IV. CONCLUSIONES. 1. Elemento básico. 2. Elemento esencial. 3. Elemento normativo. 4. Elemento causal o teleológico.

El tema acerca de la naturaleza del Derecho subjetivo ha sido uno de los más discutidos en la doctrina jurídica contemporánea. Se pueden agrupar las principales teorías en tres apartados: las de base psicológica, las que niegan el Derecho subjetivo y las que, sin negarlo, le atribuyen una base normativa.

I. TEORÍAS DE BASE PSICOLÓGICA

Entre ellas están las siguientes:

1. TEORÍA DE LA VOLUNTAD (WINDSCHEID)

Para este autor:

"El Derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico".

de poner la esencia del Derecho subjetivo en un elemento psicológico como es el "interés". En efecto:

a) Es posible que una persona no tenga interés en el ejercicio de un derecho y, sin embargo, el derecho subjetivo existe.

b) Cuando Ihering habla de "intereses medios" o "intereses objetivos" para hacer frente a la crítica de que su teoría es psicologista, cambia sustancialmente su planteamiento, de manera parecida a como Windscheid cambió el suyo al introducir el concepto de "voluntad del ordenamiento jurídico". Un "interés objetivo" introducido por la ley, que no sea querido por una persona concreta, ya no es un interés en sentido psicológico, sino un "bien jurídico" reconocido o creado por la norma.

c) Al aceptar Ihering que no basta el interés para determinar el derecho subjetivo, sino que se requiere la acción o protección legal, reconoce la importancia del elemento formal en cuanto a la precisión de este concepto [248].

3. TEORÍA ECLÉCTICA (JELLINEX, ENNECCERUS, CAPITANT, ETC.)

Sin salirse del ámbito del psicologismo, esta teoría combina las dos anteriores y define el Derecho subjetivo como:

Un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de una voluntad individual.

Podemos observar que esta teoría acepta la tesis de Ihering en el sentido de que el Derecho subjetivo tiene que ser siempre un interés protegido por el Derecho: pero, por otra parte, ese interés sólo puede ser reconocido en la medida en que exista una voluntad anterior a tal protección, que sea capaz de querer ese interés. Por ejemplo: yo tengo interés en cobrar un millón de bolívares producto de la venta de mi finca al señor X; el Derecho reconoce que yo tengo una voluntad capaz de

---

248. Ver Ibid., p. 72. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho* (Ed. Porrúa, México, 1955), pág. 188.

B. Pero, influido por la teoría egológica del Derecho de COSSIO, admite una valoración: "Siempre que encontramos una conducta vinculada jurídicamente, encontramos una conducta lícita o ilícita, jurídico o antijurídica. El Derecho es siempre el resultado de una valoración que produce el órgano competente sobre la conducta humana social. Es decir, el Derecho es el valor jurídico o antijurídico que se atribuye a una determinada conducta de conformidad con un ordenamiento preestablecido, valoración de la que es titular el órgano competente del Estado... La valoración que hago yo como jurista, como abogado, es una valoración que no tiene carácter obligatorio: pero la que hace el juez o el legislador, es una valoración obligatoria, en virtud de que esos órganos tienen competencia para imponer coactivamente la valoración que practican".

C. Ahora bien, la valoración sobre la conducta humana puede ser: valoración sobre una conducta *posible,* que dará como resultado una norma general, o bien, valoración sobre una conducta humana *concreta*, cuyo resultado será una norma individualizada. Por ejemplo, la conducta humana pensada y valorada en los artículos del Código Civil y la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios sobre el arrendamiento, es una conducta "posible", y por eso es regulada por una norma general; mientras que la conducta pensada y valorada en un contrato de arrendamiento entre dos personas, A y B, sobre un inmueble determinado, es una conducta "concreta", y por eso es regulada por una norma individualizada, o sea, el contrato.

D. Según este razonamiento, derecho objetivo sería la valoración jurídica de la conducta posible, la norma general; y Derecho subjetivo, la valoración jurídica de la conducta *concreta,* la norma individualizada. Por eso, el derecho subjetivo, "es" norma, "tiene" contextura normativa, porque, en todo caso, la juricidad del comportamiento humano concreto, viviente, actual, se convierte en norma individualizada. En el ejemplo citado, los derechos subjetivos recíprocos del arrendador y del arrendatario no "son" otra cosa que el mismo contrato de arrendamiento –norma individualizada-- que se encarga de vincular el comportamiento de las partes que intervienen en él.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

ÍNDICE

Segunda Parte
FUENTES DEL DERECHO

Tercera Parte
ELEMENTOS DEL DERECHO

Es inmensa la satisfacción que me embarga al prologar una nueva edición de esta "Introducción a la Teoría General del Derecho", obra que, junto a la "Introducción Filosófica al Estudio del Derecho", compone el *Curso de Introducción al Derecho* elaborado por el sacerdote jesuita, jurista y defensor de los derechos humanos, maestro y amigo Luis María Olaso Junyent.

Por el gran valor científico de ese *Curso de Introducción al Derecho*, y por la estatura intelectual y moral de su autor, no ha sido fácil asumir el reto, o más bien el legado que me dejó pocas semanas antes de su lamentable fallecimiento, con ocasión de una larga conversación que sostuvimos durante el padecimiento de su enfermedad. Fue su voluntad que, como coautor, ampliara y revisara el Tomo II de dicho libro, dedicado a la "Introducción a la Teoría General del Derecho". Especialmente, quería que se le incorporara una cuarta parte relativa a la aplicación del Derecho, en la cual se examinaran la interpretación e integración del Derecho y los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio.

Manteniendo pues fidelidad con los criterios jurídicos fundamentales del Padre Olaso, se preparó esta nueva edición del Tomo II del *Curso de Introducción al Derecho*, en la cual se añade la cuarta parte destinada a los temas de la interpretación e integración del Derecho, y de los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, y se pone al día el Capítulo III de la primera parte, relativo a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, y la segunda parte de la obra, en la cual se tratan las fuentes del Derecho, que exigían varias adaptaciones a la Constitución de 1999.

Jesús María Casal